



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL



800 AÑOS

**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

1218 - 2018

**ESCUELA DE DOCTORADO
'STUDII SALAMANTINI'**

**PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL**

TESIS DOCTORAL

**NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRISIÓN POR
PENSIONES ALIMENTICIAS ATRASADAS
ANÁLISIS COMPARADO DEL DELITO DE
ABANDONO DE FAMILIA**

EDWIN MANUEL ARGOTI REYES

**Director: Dr. Eduardo Fabían Caparrós
Universidad de Salamanca
Salamanca – 2019**



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL



800 AÑOS

**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

1218 - 2018

ESCUELA DE DOCTORADO

“STUDII SALAMANTINI”

PROGRAMA DE DOCTORADO

ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL

TESIS DOCTORAL

**NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRISIÓN POR
PENSIONES ALIMENTICIAS ATRASADAS
ANÁLISIS COMPARADO DEL DELITO DE
ABANDONO DE FAMILIA**

EDWIN ARGOTI REYES

Tesis Doctoral presentada para obtener el grado de Doctor por la Universidad de Salamanca
dirigido por el Dr. EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS, Prof. Titular de Derecho Penal de la
Universidad de Salamanca

Salamanca - 2019

DEDICATORIA

La presente investigación la dedico a mi Madre, fuente de mi inspiración pues a lo largo de su vida se dedicó a enseñar y formar seres humanos con excelencia, MAESTRA incansable, a quien admiro y sé que, desde el cielo, se alegrará de los logros de sus hijos. A mi esposa, compañera fiel y a mis hijos Andrés y Diana, que siempre han demostrado que el esfuerzo y el trabajo, tiene su recompensa.

AGRADECIMIENTO

A la gloriosa Universidad Central del Ecuador, en cuyas aulas aprendí el Derecho y la importancia de ejercerlo con justicia y lealtad; a mi Tutor el Dr. Eduardo Fabián Caparrós, destacado y reconocido jurisconsulto, cuya sabiduría y guía permanente ha sido la base para la presente investigación y su culminación, a quien guardaré gratitud eterna.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: MARCO CONCEPTUAL Y JURÍDICO	5
1. El derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes	5
1.1. Antecedentes históricos	5
1.2. Naturaleza jurídica.....	13
1.3. Obligados a dar alimentos	16
1.4. El derecho de alimentos en la Declaración de los Derechos del Niño 23	
2. El derecho de alimentos en la legislación comparada	27
2.1. Fijación de alimentos en España	27
2.2. Fijación de alimentos en Argentina	32
2.3. Fijación de alimentos en Chile	36
2.4. Fijación de alimentos en Paraguay	41
3. El derecho de alimentos de los niños en Ecuador.....	45
3.1. Los derechos de alimentos del niño en La Constitución del Ecuador 45	
3.2. Principios de realización de la justicia en niñez	51
3.3. Proceso para solicitar alimentos en Ecuador	60
3.4. Extinción de la obligación alimenticia	66
4. Las pensiones alimenticias en Ecuador.....	69
4.1. Sustento jurídico de las pensiones alimenticias	69
4.2. La pensión alimenticia atrasada	74
4.3. Formas de pago de la pensión alimenticia	76
4.4. Mecanismos estatales para el aseguramiento del pago de alimentos 79	
4.5. El juez competente	82
CAPÍTULO II: LA PRISIÓN POR EL NO PAGO DE PENSIONES ALIMENTICIAS.....	85
1. Antecedentes históricos	85
2. Principios fundamentales de aplicación del Código de la Niñez y Adolescencia.....	90
3. La prisión por alimentos de origen civil	102
4. Requisitos para el proceso penalizador.....	105
5. Manejo carcelario de las personas privadas de la libertad (PPL) por alimentos. 110	
6. Diferencias entre: desacato, apremio personal y prisión	114
7. Contradicciones legislativas con la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal respecto a la prisión en actos civiles.....	116
8. Análisis de la Sentencia No. 012-2017-SIN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador.....	119
CAPÍTULO III: EL DEBIDO PROCESO PRIVATIVO DE LIBERTAD EN ECUADOR.....	139
1. El <i>ius puniendi</i> del Estado.....	139
1.1. Limitaciones del <i>ius puniendi</i>	149
2. La privativa de libertad.....	154
2.1. Antecedentes históricos.....	154

2.2. Naturaleza constitucional de la privativa de libertad	159
2.3. Garantías constitucionales frente a la privación de libertad	170
2.4. Efectos en los ciudadanos por la privación de libertad	179
3. Los jueces competentes.....	183
CAPÍTULO IV: ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN POR EL NO PAGO DE LA	
PENSIÓN ALIMENTICIA	191
1. Métodos de garantía de pago de las pensiones alimenticias.	192
1.1. El apremio como medida coercitiva para el pago de obligaciones	
alimenticias.....	193
1.2. La mediación para la solución de conflictos de pagos atrasados .	199
1.3. Procedimientos de transacción sólo de las pensiones vencidas....	206
1.4. Posibilidades de pago en especies	208
2. Propuesta de reforma alternativa	211
2.1. Fondo para el pago de pensiones alimenticias	211
2.2. Aplicación de la jurisdicción coactiva como una alternativa para el	
cobro de pensiones alimenticias impagas y vencidas.....	218
3. Sanciones penales por impago de alimentos en el derecho comparado ...	222
3.1. España	222
3.2. Argentina.....	224
3.3. Chile	225
3.4. Paraguay	228
4. Delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar	229
4.1. Requerimientos previos	232
4.2. Delito de omisión y peligro de abstracto	234
4.3. Conducta dolosa	239
5. El delito de insolvencia alimentaria fraudulenta.....	241
5.1. El delito de abandono de la familia.....	248
CONCLUSIONES	257
BIBLIOGRAFÍA.....	259

ÍNDICE DE FIGURAS

Ilustración 1 Cronología del derecho a la alimentación.....	34
Ilustración 3. Juicios en materia de familia (periodo: 2014).....	108
Ilustración 4. Situación de los padres en el Ecuador (periodo: 2015-2016)	109

ABREVIATURAS

ACNUDH - 1993	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 25 de junio 1993
ACNUR - 1951	Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 de julio 1951
CCE - 1889	Código Civil Español, 24 de julio 1889
CDN - 1959	Declaración de los Derechos del Niño, 20 de noviembre 1959
CIDN - 1989	Convención Internacional de los Derechos del Niño 20 noviembre 1989
CIES - 1963	Corte Internacional Económica y Social, 1963
CNA - 1994	Constitución Nacional Argentina, 22 de agosto 1994
CNA - 2003	Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 3 de julio de 2003
CNE - 1978	Constitución de la Nación Española, 31 de octubre 1078
COGEP - 2015	Código Orgánico General de Procesos, 25 de mayo de 2015
COIP - 2014	Código Orgánico Integral Penal, 10 de febrero de 2014
CRE - 2008	Constitución de la República del Ecuador 20 de octubre de 2008
CRPD - 2006	Convención Internacional para Personas con Discapacidad, 13 de diciembre 2006
CST - 1811	Corte Suprema de la República de Chile, 4 de octubre 1811
DG - 1919	Declaración de Ginebra, abril 1919
DUDH - 1948	Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre 1948

FSCU - 1919	<i>Foundation Save the Children Union</i> , 15 de abril 1919
LOGFF – 2009	Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, 3 de julio de 2009
ONU - 1945	Organización de Naciones Unidas 24 de octubre de 1945
PIDESC - 1976	Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 3 de enero 1976
UNICEF - 1946	Fondo de Naciones Unidas para la Infancia diciembre 1946

INTRODUCCIÓN

En mis cuatro años de experiencia de Juez de la Niñez Familia y Adolescencia en la provincia de Pichincha, he observado que el apremio personal es la única vía de presión adoptada por los defensores de los menores, como mecanismo ágil e idóneo para cobrar las pensiones alimenticias atrasadas, sin considerar otros medios alternativos como la afectación patrimonial de los obligados o, puede deberse al hecho de que la falta de recursos de los alimentantes vuelva al apremio personal el único medio efectivo de cobro.

Al ordenar los apremios personales, he sido testigo de sus efectos penales toda vez que son reducidos a prisión en lugares no diferenciados de los otros PPL personas privadas de la libertad con sus efectos de la prisionalización y demás consecuencias negativas que tiene la prisión de una persona cualquiera sea el origen de esta.

Este hecho contrasta con mi formación civilista de que no hay prisión por deudas, materia que en todos sus ámbitos he enseñado en las aulas universitarias, por lo que esta situación resulta contradictoria, por decir lo menos, acorde a lo previsto en la Constitución de la República, Art. 66, numeral 29 literal c), que dispone que ninguna persona puede ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias, lo que nos lleva a la discusión, del porque una obligación que tiene su origen civil, sin embargo, su exigencia es por medios penales.

Como dos derechos constitucionales, el primero de alimentos de los menores, que es un grupo de atención prioritaria para nuestra Constitución; así como, el segundo, los derechos de libertad y el derecho al trabajo, afectan a los alimentantes. Me pregunto: ¿Habrá contradicción, habrá ponderación, habrá dicotomía?

Si solo revisamos la naturaleza románica, occidental de las obligaciones, solamente en la antigüedad, se podía atentar contra la integridad personal por deudas civiles. Superado el tiempo de Roma, nos resta investigar en el presente, como la medida de apremio personal se produce con las mismas características del Derecho Penal.

Considero que esta dicotomía llama a preguntarse, por qué las obligaciones de alimentos tienen esa prerrogativa de cobrarse por la vía de apremio.

Merece la pena preguntarse, si la norma que establece la prisión por deudas alimenticias está debidamente sustentada, o mal ubicada dentro de la jerarquía constitucional, o si debe incluirse esta facultad del apremio personal en alguna contravención o delito del derecho penal.

Los especialistas en derecho penal al tratar de la prisión por alimentos no encuentran justificativo de los principios penales de la prisión conforme a la tipicidad de los actos de las personas.

Parecería simple, afirmar que se trata de proteger a un grupo vulnerable como son los menores, sin embargo, nuestra legislación y la legislación penal mundial contiene el principio jurídico que afirma que si no está en la ley no hay delito (Nullun Pena Sine Lege). La pregunta es: ¿Es una condena, es una sanción, es una arbitrariedad, o, no habrá otros mecanismos idóneos de cobrar estas obligaciones?

Para el desarrollo de la presente investigación se ha utilizado el método investigativo bibliográfico, a fin de establecer claramente la naturaleza de las dos figuras jurídicas como es: las deudas y la prisión. Analizando cada una de ellas, sus antecedentes, naturaleza, requisitos y demás elementos que permitan diferenciar las deudas de alimentos, de otras deudas y, la prisión por alimentos de otras prisiones.

En el capítulo I se abordará el marco conceptual del derecho de alimentos, sus antecedentes, su naturaleza y los sujetos que intervienen en esta relación, su evolución y su tratamiento comparado con otras legislaciones como son la española, argentina, chilena y paraguaya.

La evolución de estos derechos en la legislación ecuatoriana y su tratamiento en la Constitución y en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, sus principios, su procedimiento, su extinción y el tratamiento de las pensiones atrasadas, son temas relevantes de esta investigación.

En el capítulo II se hablará de la prisión por el no pago de pensiones alimenticias en el Ecuador, sus antecedentes, su fundamento, la prisión de origen civil, los requisitos

del proceso penalizador, el manejo carcelario de los PPL (personas privadas de la libertad) y el análisis de la sentencia No. 12-2017-SN-CC.

En el capítulo III, se desarrollará el debido proceso privativo de la libertad en el Ecuador, sus requisitos, naturaleza, garantías constitucionales de la misma.

En el capítulo IV hablaremos de las alternativas a la prisión por el no pago de pensiones alimenticias, formas de garantía, la mediación, la transacción, el pago en especies, la creación de un fondo estatal para el pago, el ejercicio de la jurisdicción coactiva, las normas penales por el impago de pensiones alimenticias en el derecho comparado y, finalmente el delito de abandono de familia.

Además, el presente trabajo de investigación permite indagar los factores de incidencia del apremio personal y marca su importancia en el derecho de la niñez y adolescencia, en especial en los ciudadanos ecuatorianos que incumplen en el pago de las pensiones alimenticias considerando las causas en las que se han ordenado ésta, ya que se adopta dicha medida judicial tendiente a agravar un problema que en la actualidad va en contra de los derechos de quienes son deudores alimentarios, siendo esta una medida que lesiona el principio *pro libertate* del alimentante, situación que atenta a los derechos humanos porque se debe tener presente que por deudas no hay prisión, por ser una responsabilidad solo de carácter civil y no penal, ya que el alimentante deudor no es un criminal, ni un delincuente para que sea internado en los centros carcelarios.

El dar una alternativa distinta al apremio personal por deudas de pensiones alimenticias, ha sido una de las propuestas más analizadas en los últimos tiempos por los profesionales del derecho, pues se ha visto lesionada la garantía de libertad de los defendidos, por la falta de una norma adecuada al interés tanto del alimentante como del alimentado, siendo importante no solo para la sociedad quien es la encargada de proponer proyectos de nuevas leyes que ayuden al desarrollo de la misma, la Asamblea Nacional ente encargado de realizar reformas legales tendientes a dar una mejor convivencia social y familiar; y, la administración de justicia a través del Consejo de la Judicatura, quienes deben trabajar en conjunto para realizar reformas legales que regulen de una manera más respetuosa el derecho de libertad del alimentante, teniendo en cuenta aspectos y matices,

con sentido realista y positivo para poner en evidencia lo valioso, lo bueno y así mismo, lo equivocado y lo deficiente de nuestro marco jurídico en el Ecuador con argumentos acertados, suficientemente amplios y democráticos.

Para ello, es necesario en primera instancia realizar una enmienda a la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 66, numeral 29, literal c, ya que de esta forma se podrá realizar con posterioridad una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. innumerado 22, referente al apremio personal dando una nueva alternativa de solución de pago de las pensiones alimenticias que sean dirigidas a cumplir con esta obligación pero sin que tenga el obligado que perder su libertad, tomando como ejemplo resoluciones de la Comunidad Andina especialmente la adoptada en la reunión del 28 de agosto del 2007, la legislación portuguesa y la chilena las cuales dan algunas opciones dirigidas a evitar el apremio de quien adeuda por pensiones alimenticias.

CAPÍTULO I: MARCO CONCEPTUAL Y JURÍDICO

1. El derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes

1.1. Antecedentes históricos

Los orígenes del derecho a la alimentación pueden ser considerados muy remotos. Se puede apreciar que, en la antigua Grecia, específicamente en cuanto a derecho fue tratado el tema de las obligaciones en torno a la alimentación. En el antiguo derecho griego se llegó a reconocer que en el padre de familia recaía la obligación de educar y mantener a su prole. Esta obligación y su respectivo incumplimiento estaba sancionado en las leyes griegas. Por otro lado, en el caso de los descendientes y como prueba de su efectivo reconocimiento, tenían asignada la responsabilidad de brindar alimentos a sus ascendientes, así fue reconocido en las antiguas leyes griegas, específicamente en la ciudad de Atenas. Cabe señalar que estas obligaciones que le correspondían a los descendientes estaban sujetas a ciertas excepciones, tales como el no cumplimiento de dar alimentos en los supuestos en que el padre de familia no hubiera dada a su hijo una educación adecuada, y en los casos que ese padre de familia fomentaba la prostitución a través de la procreación con concubinas¹.

Este derecho a la alimentación también ha sido reflejado en los papiros antiguos, en los cuales han quedado reflejados contratos matrimoniales en los que se evidencia la obligación alimenticia del marido con su mujer, así como el derecho que tenía la viuda y la mujer divorciada de recibir ciertos alimentos hasta que la dote fuera restituida. En el caso del derecho romano la obligación de dar alimentos tiene su fundamentación en las relaciones de parentesco y el denominado patronato². Según investigaciones históricas la presencia de la deuda alimenticia en el derecho romano fue a consecuencia de las órdenes emitidas por el pretor³, que era uno de los responsables de corregir el derecho y

¹ GALLO, R. *Grecia y Roma: Algunas cuestiones sobre el derecho, civil, mercantil y penal a través de la historia y la literatura*. Editorial: Dunken. Buenos Aires, 2013.

² Lira Bernardo. Patronato Romano. Año 2015 Editorial Valentina Ediciones Pág. 14 a 16.- El patronato romano consistía en los derechos que eran reservados a aquella persona que manumitía un esclavo. Era el conjunto de facultades que correspondían al antiguo dueño, ya fueran para utilizarle durante cierto periodo de tiempo o incluso para heredarle.

³ Díaz, Eugenio. Breve Historia de Roma. Año 2015. Editorial Librería Editorial Dickson. Definición de Pretor. - Pretor. Magistrado romano cuya jerarquía se alineaba por debajo del cónsul su función principal era la de administrar justicia en la fase in iure

principalmente las cuestiones de rigor. De esta forma el pretor, en materia de alimentos emitía sanciones y a la vez se le consultaba, todo ello conforme a la ley natural. La fundamentación y desarrollo de la obligación de alimentación en el derecho romano fue acorde a razones naturales elementales, y como un deber entre ascendientes y descendientes, y como parte de las relaciones y obligaciones establecidas entre el patrón y el esclavo, cuyas relaciones a consideración de algunos autores se evidenciaron como:

“(…) al tratar de las relaciones de los manumitidos con el patrón, el liberto en virtud de agradecimiento que debe al patrón ciertos derechos, y estos derechos pasan también agnados del patrón, entre los que se encuentran el *obsequium*, en que se le daba al patrón alimentos en la necesidad”⁴.

A partir del desarrollo del cristianismo y su influencia en Roma, es que surge el reconocimiento del derecho de dar alimentos tanto a los cónyuges como a los hijos. La denominación dada en la antigua Roma, para los niños, de ambos sexos, que eran educados y cuyo sostenimiento dependía del Estado, era *alimentari pueri et puellas*. Esta situación era materializada solo en aquellos casos en que los niños nacían libres, y el periodo de tiempo en que se les brindaba alimentos era limitado, para los varones hasta los 11 años y para las mujeres “Solo” hasta los 14 años. Al respecto se ha señalado que:

“Esta institución parece haber sido fundada por Trajano, porque si bien Nerva hizo algo en ese sentido, no lo organizó. Trajano parece que la organizó en una tabla llamada *alimentariae* que se descubrió en 1747 en Macinzeno, en el antiguo ducado de Plascencia que contiene la obligación *praediorum* (así también se le denominaba) en la que se crea una hipoteca sobre gran número de tierras situadas en Valeya para asegurar una renta a favor de los huérfanos de esta ciudad, por lo que se llaman *tabula alimentarie trajani*; esta tabla también contiene otra *obligatio praedorium* de igual naturaleza; que dos años antes recibió Cornelius Gallicanus, *praefactus alimentorum* en tiempo de Trajano”⁵.

⁴ BAÑUELOS SÁNCHEZ, F. *El derecho de alimentos y tesis jurisprudenciales*. Editorial: 13ra edición, Litografía Regina de los Ángeles, S.A. México, 2011, p. 21.

⁵ *Ibidem*... op., cit., pp. 21-23.

Según lo expuesto por el citado autor, se llegaron a recopilar evidencias arqueológicas que demuestran la aplicación de los derechos de alimentos en la antigua Roma, específicamente en tiempos del emperador Trajano todo en favor de los niños, con el propósito de garantizarles un porvenir tranquilo, además de que posteriormente a los niños pobres también se le distribuyeron víveres a través de la *institutio alimentaria*. Cabe agregar que estas prácticas se hicieron extensivas a toda Italia y la responsabilidad en cuanto a su manejo recayó en los denominados *quaestores alimentorum* y a la vez estos se encontraban subordinados al *praefectus alimentorum*, ambas figuras fueron considerados como poseedores de una amplia jurisdicción en cuanto a la actividad de repartir y administrar los alimentos⁶.

Para que la *institutio alimentaria* pudiera funcionar, el sostenimiento de esta se basó en las donaciones provenientes de particulares y algunos préstamos realizados por el Estado romano. Cabe señalar también que en tiempos del emperador romano Antonino Pío y posteriormente del emperador Marco Aurelio se desarrolló toda una reglamentación respecto a los derechos de alimentación entre ascendientes y descendientes, y para su implementación fue tomado en cuenta que los alimentos debían ser otorgados acorde a las posibilidades de quien estuviera obligado a darlos, así como las necesidades de la persona que los iba a recibir⁷.

En lo que respecta al derecho canónico, este rechazó algunas instituciones reconocidas por el derecho romano como es el caso del concubinato. Se mantuvieron aquellas leyes que catalogaban de hijos naturales a los descendientes de personas libres, cuyos descendientes podían ejercer la acción de alimentos hacia sus progenitores. Este derecho fue perfeccionado en la época de Constantino, ya que se emitieron disposiciones que partieron de la obligación que tenían los padres de brindar a sus hijos una subsistencia, la cual incluyó el derecho a los alimentos⁸.

Por otro lado, cabe destacar que en la época de Justiniano los preceptos legales en torno a los alimentos resultaron ser un poco más claros. Una muestra de ello fue en el

⁶ *Ibidem*

⁷ DE IBARROLA, A. *Derecho de familia*. Editorial: décima edición, Porrúa. México, 2012.

⁸ BAÑUELOS SÁNCHEZ, F. *El derecho de alimentos y tesis jurisprudenciales...* op., cit., pp. 19-22.

Digesto⁹ donde se llegó a reglamentar una serie de aspectos relacionados a los alimentos. Primeramente, se puso de manifiesto la obligación de los padres de alimentar a los hijos que estaban bajo su potestad, y se reconoció la existencia de esa obligación para los hijos emancipados o los que no se encuentran bajo la potestad de sus padres a causa de otros factores. Esta responsabilidad también llegó a recaer sobre los propios hijos, o sea estos debían de alimentar a sus padres, en resumen, dicha norma impuso la obligación de brindar alimentos a los hijos legítimos en un primer orden, después los hijos emancipados, y por último los hijos ilegítimos, quedaron fuera del goce de este derecho los hijos incestuosos y espurios¹⁰.

Dentro de la misma obra legislativa se encontró una disposición la cual indica lo siguiente:

“(...) el letrado después de analizar atentamente las pretensiones de las partes, al acordar alimentos a los ascendientes del padre y madre en contra de los hijos, los cuales por lo que se refiere a la descendencia que han de ser alimentados por los ascendientes. En el número 4, se ve la obligación de la madre de alimentar a sus hijos habidos de vulgo y también la obligación recíproca de ellos de alimentar a la madre juez después de examinar atentamente las pretensiones de las partes debe acordar alimentos a los ascendientes del padre y madre en contra de los hijos.”¹¹.

Según el análisis realizado por el citado autor, se puede apreciar un derecho a la alimentación claramente reconocido en el marco de la ley y ejecutado por los magistrados de la época. Como parte de los antecedentes históricos del derecho a la alimentación se encuentra en derecho francés. En antiguos preceptos legales franceses fue instituido el tema relativo a los alimentos, en el marco de las obligaciones que tenía el marido de brindar alimentos a su esposa, y a sus hijos y demás descendientes legítimos. Cabe destacar el reconocimiento expreso en la norma legal escrita de la obligación que tenía la

⁹ Constituye una obra jurídica que cobró vigencia en el año 533 d.c., y fue publicada bajo las órdenes del emperador bizantino Justiniano I.

¹⁰ MARTÍN MINGUIJÓN, A. *Digesto: una auténtica obra legislativa*. Editorial: Dykinson, S.L. Madrid, 2013.

¹¹ *Ibidem*.... op., cit. pp. 31-32.

mujer de dar alimentos en el caso de que su marido estuviera en una situación de pobreza¹². Lo aquí mencionado pone de manifiesto que en el derecho francés la obligación de dar alimentos era competencia tanto de la mujer como del hombre.

En el derecho francés también se reconoció los supuestos en que los hijos en los casos de poseer una amplia fortuna, con la cual cubrieran sus necesidades, no tenían el derecho de demandar alimentos a sus progenitores. Otro aspecto que la norma recogió fue todo lo referente a la materialización de ofensas catalogadas como graves, en conductas de los hijos hacia sus padres, acciones que fueron penadas con la desheredación y la pérdida de alimentos. con el advenimiento y aprobación del Código Civil francés en el año 1804, algunas normas cambiaron en torno al derecho de alimentación, ejemplo de ello fue la obligación perenne de los padres de brindarle una alimentación a sus hijos sin importar las ofensas u otros actos.

En la norma civil francesa llegó a contemplarse la existencia del estado de necesidad en los ascendientes, para lo cual se estipuló el deber de alimentación de los hijos hacia sus padres u otros ascendientes. El estado de necesidad requería de la aportación de pruebas necesarias con las que se decretase la posible incapacidad del ascendiente y el requerimiento de dichos recursos en cuanto a la alimentación. Además, también se estipuló que la madre podía dar alimentos a los hijos en los supuestos en que el padre estuviera imposibilitado a cumplir con dicha obligación¹³.

En el caso de España y con una influencia directa del derecho romano, además de que la legislación española constituye el antecedente inmediato de los ordenamientos jurídicos imperantes en la región latinoamericana, de la cual Ecuador forma parte, resulta necesario analizar brevemente los antecedentes del derecho a la alimentación en las normas legales de este país ibérico. Uno de los primeros aspectos a señalar es Las Siete Partidas, emitidas por el rey Alfonso X, catalogado como “El Sabio”, cuyo objetivo fue tratar de ordenar en dicho código los diversos cuerpos legales en los que se encontraba fraccionada la legislación española en aquella época. En estas Partidas se pone de manifiesto la influencia directa del derecho romano, principalmente las normas

¹² OCHOA, O. E. *Derecho Civil I: personas*. Editorial: 4ta edición, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2010.

¹³ *Ibidem*... op., cit., pp. 67-73.

desarrolladas bajo el mandato de Justiniano y aquellos principios emergidos bajo estrictos preceptos del derecho canónico¹⁴.

En este cuerpo normativo, redactado por la coronilla se dedicó todo un título a los alimentos. Los preceptos aquí estipulados, según el criterio de algunos autores, constituyen un fiel reflejo de las normas que sobre este tema se llegaron a reflejar en el derecho romano antiguo. Por lo que la obligación de dar alimentos fue reconocida, específicamente en la Partida Cuarta, como una responsabilidad de los padres en torno a la crianza de sus hijos. Llegan a contemplarse las obligaciones alimenticias entre ascendientes y descendientes, tanto por la línea paterna como materna, además de que se eliminaron distinciones entre los hijos legítimos y naturales para la materialización de este derecho. Con el advenimiento del Código civil español en el año 1889 y sus posteriores reformas, la materia de los derechos sobre la alimentación es tomada en cuenta y relacionada con auxiliar o contribuir a las necesidades del hogar, acorde a la posición social que tenga cada familia. En esto se incluye la instrucción y alimentación de los menores de edad¹⁵.

En la época moderna el derecho de la alimentación no solo es tratado desde el ámbito de la familia, es decir como una obligación de los padres, sino que también ha sido enfocado como una responsabilidad del Estado, en donde este derecho posee un sentido humanitario y además es reconocido como un deber legal. Es decir que la percepción respecto a la obligación de dar alimentos, que se tenía en la antigüedad, principalmente dentro del Derecho Canónico, ha logrado transformaciones en su fundamentación ya que se erige sobre razones de índole legal.

En lo que respecta al reconocimiento del derecho de alimentación en el ámbito internacional vale mencionar que, a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y con la materialización de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en el año 1948, se abre la posibilidad de que las personas puedan exigir el cumplimiento de sus derechos ante el Estado y en la acción jurisdiccional que este realiza,

¹⁴ DÍEZ, C. E., QUESADA, M. L., BARUQUE, J. V., JIMÉNEZ, M. G., FERNÁNDEZ, E. M., MARTÍN, A. P., y LLOPIS, M. R. *Alfonso X: aportaciones de un rey castellano a la construcción de Europa*. Editorial: 11na edición, Consejería de Cultura y Educación. Murcia, 2014.

¹⁵ BAÑUELOS SÁNCHEZ, F. *El derecho de alimentos y tesis jurisprudenciales...* op., cit., pp. 42-44.

por lo que se establecieron los cimientos para la conformación de una normativa internacional sobre los derechos humanos. Esta declaración internacional centra sus objetivos en las personas y la protección de sus derechos y libertades, a lo que se puede agregar que en la actualidad existen una gran cantidad de instrumentos internacionales referidos a los derechos humanos, tanto en el ámbito internacional como regional¹⁶.

Estos instrumentos internacionales en torno a los derechos humanos han sido tratados como una categoría especial en la esfera jurídica internacional. Cabe destacar que este tipo de derechos llegan a centrarse en la dignidad que posee todo ser humano, así como la igualdad entre las personas. Otras características que sobresalen en los tratados referentes a los derechos humanos resultan ser que los principales titulares de estos derechos son las personas, y por otro lado el Estado se erige como uno de los principales responsables en cuanto al cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados internacionales a los que se adscribe.

La Declaración de 1948 significó el primer instrumento de carácter internacional en el que se reconoció el derecho humano a la alimentación, desde una esfera formal¹⁷. A partir de este reconocimiento internacional del derecho a la alimentación, se han emitido otros instrumentos internacionales vinculantes y no vinculantes¹⁸ relacionados con este derecho. Un documento de carácter internacional que vale la pena mencionar es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el año 1976, donde se reconoce el derecho humano a la alimentación de una forma exhaustiva¹⁹. Este pacto representa una codificación, relacionado a los patrones establecidos en la DUDH,

¹⁶ Ver en Referencias bibliográficas *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 1948.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Cuando se hace alusión a un instrumento internacional vinculante, este llega a imponer obligaciones jurídicas a los Estados que los han ratificado. Dichos instrumentos son convenciones, pactos y tratados. La ratificación crea una obligación para los Estados Partes, en garantizar la aplicación efectiva del acuerdo a nivel de cada nación. En el caso de los instrumentos internacionales no vinculantes, estos establecen una serie de directrices y principios por medio de los cuales se alcanza a imponer obligaciones morales a los Estados. Aunque este tipo de instrumentos no establece obligaciones jurídicas, en lo que se refiere al cumplimiento de una serie de disposiciones, predomina la aptitud de los Estados en respetar los preceptos estipulados en estos instrumentos no vinculantes, a partir de su compromiso en cuanto a la implementación de estos.

¹⁹ Ver en referencias bibliográficas <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 1976.

y aproximadamente a mediados del año 2009, 160 naciones ratificaron este pacto, lo que implica una obligación jurídica en cuanto al cumplimiento efectivo de sus disposiciones.

Los instrumentos internacionales que tratan el tema del derecho a la alimentación son amplios, y han llegado a abordar la alimentación a partir de las categorías otorgadas a las personas, dígase niños, mujeres, refugiados y personas discapacitadas²⁰. También han sido emitidos instrumentos regionales de derechos humanos que abordan el derecho a la alimentación. A esto puede agregarse que algunos autores que han tratado y analizado el derecho a la alimentación consideran el carácter consuetudinario que posee el mismo²¹.

Los titulares de este derecho, como bien se afirmó con anterioridad, son los individuos. Esto llevado a la práctica significa que toda mujer, hombre, niño y niña puede llegar a acogerse a este derecho humano fundamental. En el PIDESC, este aspecto es reconocido desde dos formas diferentes, la primera introduce el derecho a la alimentación como parte de los niveles de vida adecuados del individuo, y en segundo lugar se reconoce como un derecho humano la protección que debe gozar toda persona contra el hambre²². De esta forma se infiere una relación directa de la alimentación con el derecho a la vida, por lo que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas positivas destinadas a cumplir con la dimensión social presente en la vida de las personas, tal es el caso de la disminución de la mortalidad infantil, la malnutrición y las epidemias.

En el caso del derecho a la alimentación este lleva a abarcar un campo mucho más amplio, por lo que se impone la necesidad de edificar un ambiente adecuado en materia económica, política y social, en el cual las personas alcancen una seguridad alimentaria a partir de medios propios. El fuerte vínculo que existe entre el derecho a la alimentación y los derechos humanos trae como resultado que en la práctica debe existir una protección contra el hambre, por lo que el Estado tiene la obligación de suministrar alimentos a las

²⁰ Convención de los Derechos del Niño- 1989. Institución Unicef; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer- 1979 Organización de Naciones Unidas página web oficial www.ohchr.org. Unicef.; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados- 1951 y los protocolos afines de 1967; y La Convención sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad- 2008.

²¹ CEVALLOS ÁLVAREZ, P. *Manual de Teoría y Práctica del Derecho Procesal Civil Ecuatoriano: Derecho de Alimentos, Derecho de Filiación, Paternidad y Procedimiento Verbal y Sumario y Código Orgánico de La Niñez y Adolescencia (Reformado)*. Editorial: 3era edición, Abya Yala. Quito, 2015.

²² Ver en referencias bibliográficas *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 1976.

personas que no puedan satisfacer sus necesidades alimentarias, por la presencia de motivos²³ que estén fuera de su control. Por otro lado, ante el predominio de circunstancias normales, las personas en su mayoría pueden ejercer el derecho a la alimentación, esto puede desarrollarse a través de mecanismos propios, lo que implica el acceso a la tierra, al agua, la existencia de un empleo remunerado, la seguridad social, y otros recursos productivos.

Por ende, el derecho a la alimentación ha sido catalogado como un asunto complejo y multidimensional, ya que se encuentra interrelacionado con otros derechos fundamentales. Cabe señalar que la capacidad que posee la persona para ejercer este derecho de manera libre está relacionada estrechamente con la adecuada funcionalidad de las instituciones estatales y diversos actores sociales, así como su correcta regulación y reconocimiento en el ordenamiento jurídico de cada país.

1.2. Naturaleza jurídica

Desde el ámbito etimológico, la palabra alimento, tiene su derivación en el latín *alere* que significa alimentar²⁴. Acorde a estas primeras definiciones, se puede decir que tanto la comida como la bebida que las personas y los animales necesitan para vivir pueden ser considerados alimentos. Otros significados que han sido asociados con los alimentos recaen en:

“Sustancia Nutritiva que mantiene vivo un organismo, permite la regularización y mantenimiento del metabolismo en un sentido simbólico puede ser cualquier cosa que permita la existencia de algo²⁵.”

En lo que respecta al ámbito jurídico los alimentos han llegado a ser definidos como: “(...) alimentos comprenden lo necesario para vivir. Incluye comida, vestido, habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto a los menores, además, gastos para la educación primaria y secundaria”²⁶. Cabe destacar que desde el marco del Derecho

²³ Edad, discapacidad, hambruna, recesión económica, discriminación, catástrofe, entre otros.

²⁴ Gallegos, Andres.- Diccionario Etimológico Romano. Año 2015. Editorial Librería Española. Pag 14

²⁵ Gallardo, Esteban. - Definición de Alimento. - Año 2016.- Editorial Librería Española Pag.12

²⁶ GÚITRÓN FUENTEVILLA, J. *Código Familiar para el Estado de Hidalgo*. Editorial: 5ta edición, Litográfica Alcemo. México D.F, 2012, p. 45.

Civil los alimentos han sido considerados como una necesidad básica para el ser humano y su subsistencia²⁷. Por otro lado, para Cabanellas, en uno de sus escritos ha llegado a catalogar a los alimentos como:

“(…) la asistencia que por ley, contrato o testamentos dan a algunas personas para su manutención, vestido, vivienda y recuperación de la salud, además de la educación e instrucción cuando el alimentado es menor de edad los alimentos se clasifican en legales, judiciales y voluntarios”²⁸.

Las definiciones aquí expuestas si son enfocadas en las características que poseen los alimentos en la actualidad, se puede afirmar que las mismas no alcanzan todo el desarrollo de este derecho, ya que el mismo, desde la esfera legal, ha proliferado en diversos actos jurídicos, hechos jurídicos, y hechos materiales, que han traspasado los conceptos tradicionales aquí reflejados. En la actualidad el derecho a la alimentación es tomado en cuenta en un contexto más amplio, en el cual se incluye comida, vestido, habitación, atención médica, entre otras. Estos elementos se relacionan directamente con el derecho de familia, y tratándose de los menores, se incluyen los gastos en la educación.

Otras definiciones desarrolladas en torno al derecho de alimentación es que el Estado y la sociedad garantizaran el derecho a una alimentación digna como proceso de crecimiento de los niños y niñas en un entorno familiar adecuado²⁹. En el caso de los niños y adolescentes este derecho se ha convertido en una obligación consustancial, que recae en los progenitores, y se ha transformado en un derecho intrínseco de los niños y adolescentes.

De esta forma se puede apreciar en lo que se refiere a la naturaleza jurídica del derecho a la alimentación desde dos ámbitos: primero como derecho y segundo como generador de una obligación. En el caso de la obligación de dar alimentos esta se relaciona con la pensión alimenticia, la cual constituye una prestación económica que llega a

²⁷ DEL ARCO TORRES, M. Á., & PONS GONZÁLEZ, M. *Diccionario de Derecho Civil*. Editorial: 6ta edición, Comares. Granada, 2016, p. 103.

²⁸ CABANELLAS DE TORRES, G. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo IA-B*. Editorial: décimo cuarta edición, Heliasta. Buenos Aires, 2014, p. 255.

²⁹ Abgda.- Barriga Victoria,. *Derechos de Alimentos de los Menores*.- Año 2015.- Ciudad Buenos Aires Editorial Universitaria Pag 24

materializarse de forma voluntaria o por la vía judicial, ya que constituye un derecho de un miembro de la familia y también un deber principalmente del progenitor, aunque se ha llegado a reconocer como una responsabilidad que puede ser asociada con un tercero, como persona subsidiaria dentro de la relación obligatoria³⁰.

La naturaleza jurídica de la prestación alimenticia tiene una gran importancia ya que en el desarrollo de esta existen conflictos relacionados a la presencia de elementos materiales acorde a los diversos conceptos que existen respecto al derecho de alimentación. En la esfera de la jurisprudencia los criterios vertidos sobre este tema han reflejado que las obligaciones alimentarias responden a un régimen de obligaciones monetarias, dirigido principalmente hacia la procreación³¹. Esta concepción fue seguida por la doctrina jurídica italiana, alemana y anglosajona sobre los derechos de alimentos con el objetivo de facilitar la materialización de las sentencias judiciales extranjeras sobre los alimentos, que fueron dictadas a favor de menores de edad, es decir, hijos naturales no reconocidos, a consecuencia de la imposibilidad que el propio derecho italiano contemplaba, en el caso de ser hijos incestuosos. El actuar de los magistrados italianos se caracterizó por calificar los alimentos como una relación estrictamente patrimonial³².

En el caso del derecho de alimentos ha sido tomado en cuenta como un derecho natural o un derecho elemental del individuo, además de ser un derecho subjetivo. A criterio de algunos juristas este derecho ha sido entendido como: “(...) el derecho alimentario integraría el derecho del hombre a subsistir. El mismo sería una emanación del derecho a la vida, un atributo inalienable de la persona. Y que, como derecho vital, no se podría renunciar”³³.

Otras posturas, como la de Llague Francisco el cual escribió el concepto y fundamento de la obligación de alimentos entre parientes, al igual que la postura de Monje Oscar autor de los alimentos derecho o deber de los progenitores fueron catalogadas como mixtas, han identificado la naturaleza de la obligación alimenticia desde dos

³⁰ RAMOS PAZOS, R. *Derecho de Familia*. Editorial Jurídica de Chile, 4ta edición. Santiago de Chile, 2015.

³¹ PÉREZ DUARTE, A. E. *La Obligación Alimentaria*. Editorial: 2da edición, Porrúa. México D.F, 2011, pp. 17-19.

³² Gutenberg, Albiana. - Derecho Comparado para alimentos. - Año 2015.- México Editorial Atlas pag. 18, 19 y 20

³³ ROJINA VILLEGAS, R. *Compendio de Derecho Civil I*. Editorial: 3era edición, Porrúa. México D.F, 2015, p. 268.

ámbitos, primero a partir del aspecto patrimonial, debido a que el objeto de la obligación es una prestación de carácter económico, puesto que son empleados medios materiales aptos para poder satisfacer las necesidades alimentarias, de vestido, de salud entre otras para esto se debe tomar en consideración el carácter social de las personas y de esta manera actuar conforme a derecho sobre los derechos del alimentante. Como segundo aspecto se pone de manifiesto lo personal, pues se defiende la calidad de vida de la persona que recibe el alimento. A partir del ámbito personal se derivan características propias de esta obligación, ejemplo de ello es su carácter personalísimo.

Respecto a la naturaleza patrimonial de la obligación de alimentos, se puede decir específicamente que esta surge, en materia de niñez, por la existencia de un vínculo familiar y parentesco, que se establece entre los sujetos de la relación jurídica alimentaria. Además, la pensión alimenticia tiene por objetivo principal la satisfacción y cumplimiento de un derecho humano básico como es la vida del individuo. Para el derecho de alimentación su naturaleza se asocia como un derecho humano, de protección a la vida y con un vínculo familiar.

En el marco del derecho internacional el derecho a la alimentación se ha calificado como poseedor de una naturaleza multidimensional. Es así que, la interpretación de este derecho no debe estar basada únicamente como una serie de calorías, proteínas y otros componentes alimenticios que protegen del hambre y la desnutrición, sino que dicho derecho abarca la posibilidad de tener acceso, de forma regular y permanente a una alimentación adecuada tanto desde el aspecto cuantitativo como cualitativo, la alimentación también debe ser suficiente, y deben ajustarse a las tradiciones culturales de cada población, para así garantizar una vida digna y satisfactoria a las personas.³⁴

1.3. Obligados a dar alimentos

Para poder analizar aquellas personas sobre las que recae la obligación de dar alimentos, primeramente, hay que mencionar en que consiste la obligación alimentaria.

³⁴ Unicef. - Tratado de Derecho a alimentos. - Año 2016.- Duseldorf Alemania Editorial Registro Oficial Organización de Naciones unidas

Esta obligación de carácter civil llega a ser definida como un vínculo jurídico establecido entre dos personas, donde el acreedor asume el papel de sujeto activo y el deudor es el sujeto pasivo. Ambos sujetos están relacionados a un objeto, en este caso específico dicho objeto constituye una obligación de dar, hacer o no hacer. Ahora bien, para la obligación alimenticia puede darse una negatividad del deudor alimentario, por lo que se hace necesario que el sujeto activo exija sus derechos, cuya acción forma parte de la relación jurídica que se ha establecido.

Cabe destacar que, en el caso de la pensión alimenticia, que constituye una obligación, se erige como un deber jurídico impuesto por la norma legal o el Estado, además de que posee una naturaleza jurídica de orden público, por lo que el sujeto pasivo deberá dar cumplimiento a lo estipulado en la ley. El derecho de alimentos entre parientes contribuye a la prevalencia de características propias, cuya finalidad es la de proteger al pariente que se encuentre necesitado, entre los caracteres³⁵ se destacan los siguientes:

a. Reciprocidad:

La persona obligada a dar alimentos le asiste el derecho de exigirlos de igual manera. Dicho en otras palabras, los sujetos se encuentran recíprocamente obligados a prestarse alimentos, estos individuos son, los cónyuges, ascendientes y descendientes, así como los hermanos. La reciprocidad implica que ambos sujetos, o sea, acreedor y deudor pueden llegar a ocupar una posición u otra en relación con los recursos económicos que posean.

La reciprocidad también puede ser tomada en cuenta desde el ámbito del parentesco. Muestra de ello es que el padre puede ser acreedor de alimentos respecto a su hijo, si prima un estado de necesidad, y puede ser deudor en el supuesto de que el hijo se encuentre en tal situación, aunque ambas posiciones no pueden ser asumidas al mismo tiempo, ya que las condiciones para ser acreedor descartan a las que son requeridas para ser deudor. Al respecto se ha llegado a plantear que:

³⁵ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. *La obligación de alimentos entre parientes*. Editorial: 4ta edición, La Ley. Madrid, 2017.

“(…) la reciprocidad nada tiene que ver con la que se predica de las obligaciones sinalagmáticas dado que ni ambas partes son acreedoras y deudoras al mismo tiempo ni la obligación de una de las partes tiene su origen en la que contrae la otra a su favor”³⁶.

La reciprocidad no trata exclusivamente sobre el contenido de la obligación, sino que además deberán ser tomadas en cuenta las necesidades de la persona que recibirá los alimentos, así como las posibilidades de la persona que tiene la responsabilidad de otorgar dichos alimentos.

b. Personalísima:

Los alimentos van dirigidos a cada persona en particular, acorde a sus necesidades económicas y calidad de vida. Cabe destacar que en los casos que la madre o el padre estén imposibilitados de proporcionar alimentos a sus hijos, los abuelos podrían asumir dicha obligación. Esto evidencia que la deuda alimentaria tiene su principal base en un carácter de afecto, que surge a la vez de los lazos de parentesco y afinidad.

El carácter personal del derecho de alimentos responde directamente a su naturaleza. La existencia de este se vincula a la condición del pariente o cónyuge, desde una posición pasiva como activa en la relación jurídica, además debe ser tomada en cuenta la posibilidad material del deudor y la necesidad del acreedor. Esto conlleva a determinar que el deber y el derecho, ambos relacionados a los alimentos, son intransmisibles. En el caso de la pensión alimenticia, como bien se señaló con anterioridad, esta posee un carácter estrictamente patrimonial.

Sobre la obligación de prestar alimentos se ha llegado se ha llegado a afirmar en el ámbito de la jurisprudencia española que: “(…) es personalísima, no se trasmite a tercera persona ni constituye carga o gravamen a que estén afectos los bienes del que deba darlos”³⁷. Es así que el deber de dar alimentos recae sobre determinada persona, la cual posee características propias y se encuentra sujeta a circunstancias concretas, por lo que no debe ser transmitido dicho deber por actos *inter vivos* o *mortis causa*. Del carácter

³⁶ *Ibidem*... op., cit., p. 149.

³⁷ *Ibidem*... op., cit., p. 161.

personalísimo que ostenta el derecho a la alimentación se deriva la inembargabilidad de este, ya que a través de la norma legal se ha llegado a favorecer a la persona que ostenta el derecho y no a los acreedores de la persona obligada.

De igual modo la naturaleza estrictamente personal de este derecho implica que no se puede reclamar alimentos para otro, a no ser por medio de representación legal, y que en el caso de que la persona obligada falleciera esto no es transmitido a sus herederos, es decir dicha obligación no forma parte del caudal hereditario.

c. Proporcionalidad:

Los alimentos deben ser dados tomando en cuenta las posibilidades económicas del sujeto obligado, así como la necesidad de quien los recibe. Esta proporcionalidad en el marco de la actuación de los jueces se pone de manifiesto en que no se le puede exigir a un magistrado la elaboración de un criterio dirigido a no equivocarse en la fijación de la pensión alimenticia, ya que la propia norma legal deberá establecer los montos sobre los cuales se calcularán los recursos de la persona obligada en aras de poder cumplir con la obligación alimenticia. De esta forma el magistrado deberá establecer dicha obligación acorde a las posibilidades de ambos sujetos.

d. Imprescriptibilidad:

El derecho de alimentación no llega a prescribir nunca, pueden transcurrir años desde que la persona que ostenta el derecho pueda reclamar, y al final llegar a tomar la decisión de hacerlo. La fundamentación de esta característica puede situarse en el propio carácter indisponible que acompaña a los alimentos al estar inmerso como institución familiar de orden público³⁸. Esta duración indefinida en el tiempo, del derecho a la

³⁸ *Ibidem...* op., cit., p. 183...La autora también señala que: “(...) en esencia, la especial naturaleza de los alimentos es la que impide que el derecho del alimentista pueda prescribir. Aunque éste se abstenga de reclamar los alimentos a quien está en condiciones de procurárselos y esa abstención se prolongue durante mucho tiempo, no por ello pierde su derecho a hacerlo en un determinado momento, si su necesidad persiste. Quizá no se trate tanto de que un concreto derecho no se extinga por su falta de ejercicio, sino simplemente de que persiste y se renueva constantemente, en tanto persiste y se renueva la situación de necesidad (...)”

alimentación, no solo está vinculada al derecho a la vida, sino que también se erige como mera facultad. Su aplicabilidad corresponde solamente al derecho de reclamar alimentos.

e. Gratuidad:

El estado de necesidad que ostenta determinada persona constituye un presupuesto vital para que se materialice el derecho a la prestación de alimentos, además se toma en cuenta que la obtención de esta prestación no implica la materialización de ninguna contraprestación³⁹. La gratuidad del derecho de alimentación trae aparejado que no debe ser exigido a la persona responsable el incremento de los alimentos proporcionados, en los supuestos de mejora económica.

f. Indisponibilidad:

El derecho a la alimentación y su reconocimiento responde a una necesidad urgente que posee el alimentista, ya que se encuentra impedido en proporcionarse de los medios necesarios para vivir, esto trae como consecuencia que el derecho no puede ser transmisible. El acreedor de la obligación alimenticia no tiene la facultad de disposición sobre su derecho de alimentación, es decir que no puede transmitirlo, esto es producto a que la prestación debida resulta imprescindible para su persona. Este derecho resulta indispensable para seguir viviendo, y esta condición que lo cataloga de vital, responde a un interés general, donde el acreedor de la obligación alimenticia posea las condiciones para desarrollar una vida digna. Así mismo el derecho de alimentación es irrenunciable y no puede ser compensado con otro tipo de derecho, además de que el derecho no puede ser objeto de transacción o arbitraje.

g. Condicionado y variable:

El derecho de alimentación y su carácter condicional, no puede ser analizado en un sentido estricto, ya que la necesidad y la posibilidad que le asisten a este derecho no constituyen un hecho futuro e incierto, de lo cual dependa su eficacia. En el caso de su

El hecho de que no los haya reclamado en un momento pretérito no es obstáculo para que pueda hacerlo cuando desee, siempre y cuando se mantengan los presupuestos necesarios para la pervivencia de la obligación alimenticia”.

³⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P. *La obligación legal de alimentos entre parientes*. Editorial: décimo tercera edición, Universidad de Salamanca. Salamanca, 2011.

carácter variable, este viene determinado en el aumento o reducción de los alimentos acorde a la propia variación que sufran las necesidades del alimentista, en aras de su total satisfacción. La prestación alimenticia puede estar sujeta a transformaciones, ante los posibles cambios de aquellas circunstancias que fueron tomadas como referencia para su establecimiento. Respecto a ambos caracteres se ha señalado por Cobacho Gómez que:

“Como la obligación no subsiste, sino en tanto subsiste la necesidad en una persona y la posibilidad de satisfacer ésta en la otra, y como esta última tiene su límite en la capacidad patrimonial del deudor, es por ello por lo que tiene esta obligación una naturaleza condicional y variable”⁴⁰.

h. Carácter mancomunado y divisible:

En los supuestos que la obligación de dar alimentos recaiga sobre más de una persona, la prestación puede ser realizada de manera proporcional al caudal económico que poseen ambos responsables. Este sistema ha sido reconocido en varios ordenamientos jurídicos como es el caso de la ley civil española. La mancomunidad se relaciona con la existencia de un carácter divisible, ya que la obligación alimenticia puede estar sujeta a un cumplimiento parcial, por lo que la división de la misma resulta apreciable en su ejecución, es decir, que la prestación alimenticia es divisible si la conducta en que consiste puede ser realizada por partes.

Hasta aquí se han expuesto algunos caracteres del derecho alimentario. En lo referente a los sujetos obligados a dar alimentos se puede señalar que, en primer lugar, los cónyuges están obligados. Esta obligación va a estar regida por la ley, ya que se relaciona con los casos de divorcio. Los cónyuges deberán contribuir al sostenimiento económico del hogar, su alimentación y la de sus hijos, así como las cuestiones referidas a la educación de los menores. Estos parámetros han sido reconocidos en el Derecho de familia y las normas especiales que regulan efectivo cumplimiento. No obstante, se han reconocido excepciones para aquel cónyuge que se encuentre imposibilitado para

⁴⁰ COBACHO GÓMEZ, J. A. *La deuda alimenticia*. Editorial: 2da edición, Montecorvo. Madrid, 2014, p. 28.

trabajar, y además no posea bienes propios, por lo que bajo la presencia de estas condiciones el otro cónyuge deberá atender todo lo relativo a los gastos.

Unido a esto se puede afirmar que los obligados a dar alimentos son todos parientes en dependencia del grado que la norma legal llegue a reconocer, al respecto algunos juristas han planteado que: “(...) se extienden sin limitación de grado en línea recta a los parientes consanguíneos y en línea transversal o colateral hasta el cuarto grado”⁴¹. Para los menores, sujetos con discapacidad y el cónyuge, cuyas tareas estén destinadas al hogar, les asiste la presunción de que tienen la necesidad de recibir alimentos, incluso en dicha situación también se agregan los adultos mayores que carecen de capacidad económica.

La situación antes descrita, respecto a las obligaciones de los cónyuges con sus hijos, también se hace presente entre adoptante y adoptado. Esto se debe a que la unión establecida entre ambos tiene las mismas consecuencias jurídicas que la que existe entre un padre y un hijo. Dicha unión surge a partir de la materialización de un acto jurídico denominado adopción. La obligación de dar alimentos en este caso se considera responsabilidad del adoptante, o sea, es el deudor principal.

En aquellos supuestos en que el adoptante no tenga solvencia económica para cumplir dicha responsabilidad, algunos juristas han considerado que el adoptado podrá hacer uso de otras vías legales para satisfacer sus necesidades alimenticias, tal es el caso de la ejecución de una demanda a sus padres biológicos en cuanto al pago de alimentos, al considerarlos deudores solidarios⁴². Esta opción solo es posible cuando no se pierde el vínculo con la familia biológica, porque en el caso de la adopción plena, repercute en la eliminación de toda relación con la familia natural, donde el adoptado ingresa a la nueva familia con iguales derechos y obligaciones que sus nuevos parientes. La obligación de dar alimentos le compete tanto a los padres como a los hijos; en el caso de los padres no sería posible negar dicha obligación. En el caso de que la solicitud de alimentos se

⁴¹ BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P. *La obligación legal de alimentos entre parientes...* op., cit., p. 54.

⁴² LACRUZ BERDEJO, J. L., & SANCHO REBULLIDA, F. d. *Elementos de Derecho Civil- IV; Derecho de Familia*. Editorial: 11na edición, Bosch. Barcelona, 2013, p. 75.

establezca por la vía judicial el demandado deberá pagar a suministrar alimentos a la persona necesitada.

En el caso del Estado este se presenta como un deudor solidario, en relación con la obligación de dar alimentos. Esto significa que ha sido tomado en cuenta como un ente de ayuda supletoria que influye en el vínculo existente de la sociedad, el Estado y la persona. El estado al constituir una institución de poderes debe actuar bajo los fines que responden a la naturaleza humana. Se erige como una organización de servicio y bienestar que debe velar y garantizar un intercambio equitativo entre los diferentes miembros de la sociedad, en lo que se destaca el derecho a una alimentación adecuada. De esta forma el Estado se convierte en garante de los derechos fundamentales. Por lo que diversas naciones, tal como Francia, Italia, Alemania, Gran Bretaña, por solo mencionar algunas, han desarrollado sistemas de seguridad social económica para las familias. Estos programas se erigen sobre políticas de solidaridad nacional, previsión, ayuda social y seguridad que aportan a la ciudadanía una cierta acción familiar, en vías de construir un sistema de vida digno y dar cumplimiento al efectivo derecho de alimentación que asiste a todas las personas, principalmente a los niños y adolescentes.

1.4. El derecho de alimentos en la Declaración de los Derechos del Niño

En un inicio la Declaración de los Derechos del Niño, fue defendida y expuesta de forma general por la activista británica Englantyne Jebb. Además, la Fundación Internacional Save the Children Union, creada por dicha activista, adoptó esta declaración en su ejercicio, ambos sucesos tuvieron lugar en el año 1923, y dicha declaración fue reconocida en un principio como la Declaración de Ginebra, la cual contó el respaldo internacional. Hombres y mujeres de diferentes naciones reconocieron que los niños son una parte importante de la sociedad y se erige como obligación trabajar en aras de alcanzar y garantizar el cumplimiento de sus derechos fundamentales, en el que se destaca el derecho a la alimentación⁴³. De esta forma el derecho a la alimentación se encuentra

⁴³ CABRERA VÉLEZ, J. P. *Interés Superior del Niño*. Editorial: Editora Jurídica Cevallos. Quito, 2010, pp. 53-54.

directamente relacionado al principio de interés superior del niño que se planteó por vez primera en este documento internacional.

En años posteriores, específicamente en 1959 la declaración fue aprobada en la ONU, con algunas modificaciones. Este hecho histórico reconoció por vez primera la existencia del denominado “interés superior del niño”, como parte de los derechos fundamentales de los menores. Al respecto se estipuló lo siguiente:

“Principio 2:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y norma, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que atenderá será el interés superior del niño”⁴⁴.

Por medio de este principio se introduce por vez primera la expresión “interés superior del niño” en el ámbito internacional, como un mecanismo que se convertirá en garante de los derechos humanos de los niños. Este reconocimiento de derechos y principios en favor de los niños se desarrolló de forma gradual. En un principio los asuntos y derechos de los niños fueron manejados por sus progenitores, y su solución era dada de forma exclusiva dentro del grupo familiar, por lo que el ámbito jurídico y público eran excluidos, y el trato de los menores correspondía a simples sujetos de protección.

Con el transcurso de los años a los niños se les reconocen derechos y se convierten en un asunto de preocupación colectiva, ya que se llegó a comprender que los menores representan el presente y futuro de toda sociedad. El merecimiento de un mayor cuidado repercutió en la catalogación de los niños como un grupo social vulnerable, basado en la edad que poseen, y que los asuntos vinculados a este grupo sean de interés judicial, o no es así que como último aspecto se refleja en el reconocimiento de los menores en normativas especiales dentro del ordenamiento jurídico de cada país. A consideración de

⁴⁴ *Declaración de los Derechos del Niño de 1959.*

<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/10565/v87n4p341.pdf>

algunos autores los avances en cuanto al reconocimiento de los derechos fundamentales de los menores se han reflejado de la siguiente forma:

“(…) el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos. Posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres”⁴⁵.

La regulación de los asuntos que competían a los menores fue contemplada tanto por el Derecho Civil como por el Derecho de Familia, ya que los menores de edad carecían de voluntad absoluta, por lo que sus derechos debían ser exigidos por un tercero que actuaría en calidad de representante. Posteriormente surgieron normas especializadas que alcanzaron a regular los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Este denominado interés superior, nació con el fin de brindar protección a determinados grupos presentes en la sociedad que no contaban con una real y efectiva protección jurídica, a consecuencia de ostentar ciertas particularidades en torno a su sistema de vida, como es el caso de los menores de edad. Estas particulares características llegaron a imposibilitar el acceso por medios propios, a mecanismos de protección ya existentes relacionados a la garantía y cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas.

Este principio ha sido reflejado en los ordenamientos jurídicos de casi todos los países, por medio de los cuales se han llegado a establecer límites dirigidos tanto a la sociedad como al Estado. Estos límites han abarcado el campo de la ejecución de las decisiones públicas, y frenado las amenazas o vulneraciones hacia los derechos de los menores de edad. De este modo el principio de interés superior del niño se ha transformado en una directriz para la ejecución de variadas interpretaciones tanto en la esfera jurídica como en la social respecto a los derechos de los menores.

⁴⁵ CABRERA VÉLEZ, J. P. *Interés Superior del Niño...* op., cit., p. 23.

La concepción del interés superior del niño resulta un tema que engloba complejidad. Cabe destacar que su aplicación responde a aquellas ocasiones en que el menor salga favorecido, además de que este principio llega a prevalecer frente a otros derechos. Por lo que la creación del interés superior del niño ha otorgado un verdadero poder en cuanto a la reclamación de la satisfacción de los derechos de los menores de edad. La aplicación de este principio varía acorde a las características presentes en cada cultura, ejemplo de ello son los sistemas jurídicos instaurados en cada nación. No obstante, este interés superior se erige como un mecanismo para que los derechos, deberes y principios establecidos a favor de los niños y adolescentes, tengan una protección integral y efectiva acorde a los derechos que poseen el resto de las personas dentro de la sociedad⁴⁶.

Existen situaciones que pueden conllevar a la colisión de los derechos, y en estos casos el interés superior del niño puede ser una herramienta por medio de la cual se dirima el conflicto al estipular la prevalencia de un derecho sobre otro, específicamente cuando sea imposible satisfacer ambos derechos de forma conjunta. Los derechos de los menores de edad no se encuentran sujetos a condiciones y su aplicabilidad es materializada hacia todos en igualdad de condiciones, por lo que son derechos y a la vez garantías frente a las actuaciones del Estado y la sociedad de forma general. En lo que respecta a la satisfacción integral, implica una amplia gama de derechos fundamentales donde se destaca el derecho a la alimentación. Este derecho implica según lo reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, los siguientes elementos⁴⁷:

- Disponibilidad: implica que los alimentos se encuentren disponibles por medio de las fuentes naturales, estas pueden recaer en la producción de alimentos a través de las actividades agrícolas, ganaderas, la pesca, la caza, y la recolección por solo mencionar algunas. Dicha disponibilidad también se relaciona con la venta adecuada de alimentos en los mercados.

⁴⁶ *Ibídem*

⁴⁷ *Declaración de los Derechos del Niño en cuanto a alimentación, vestido, salud y subsistencia se refiere determinado en la Convención de San José de Costa Rica.- Art 15, 16, 17 y 18*

- **Accesibilidad:** responde a que se alcance una garantía en cuanto al acceso físico y económico a los alimentos. En el aspecto económico esta accesibilidad se traduce en que los alimentos deben ser asequibles, por lo que toda persona debería tener la capacidad de procurarse una alimentación adecuada, sin que para ello deba afectar otras necesidades básicas como son medicamentos, gastos escolares, alquiler, entre otras. El acceso físico a los alimentos significa que estos estén al alcance de todos, incluso los grupos sociales expuestos a una mayor vulnerabilidad, como es el caso de los niños y adolescentes.
- **Adecuación:** conlleva que para que la alimentación sea adecuada esta deberá satisfacer las necesidades alimentarias de cada persona. Para ello se deberán tener en cuenta elementos tales como la edad, condiciones de vida, salud, sexo, ocupación, etc. En el caso de los niños, la alimentación que requieren debe contener los elementos necesarios que impulsen un efectivo desarrollo físico y mental. Para que la alimentación sea apta al consumo humano, los alimentos suministrados deben estar libres de sustancias adversas como son los pesticidas, medicamentos veterinarios, hormonas, etc. Otro aspecto a señalar sería la cultura de cada población, en donde impera un sistema de alimentación diferente, por lo que los alimentos deben adecuarse a sus costumbres.

2. El derecho de alimentos en la legislación comparada

2.1. Fijación de alimentos en España

La norma constitucional española vigente desde el año 1978 reconoce a los menores como parte de la familia, y al respecto divide la protección hacia la familia en tres partes. Primeramente, se reconoce como deber del Estado asegurar la protección de la familia desde el ámbito social, económico y jurídico⁴⁸, se llegó a plantear el aseguramiento de la protección integral de los hijos y las madres⁴⁹. En lo referente a la protección integral de los hijos, es necesario destacar la labor del constituyente en reconocer la igualdad de los menores ante la ley, con independencia de la filiación. Cabe

⁴⁸ Ver en referencias bibliográficas *Constitución de la Nación Española*, 1978.

⁴⁹ *Ibidem*.

destacar que el legislador español consideró a las madres solteras como la parte más vulnerable dentro de la relación familiar, sobre las que se orientó una especial protección.

Otro aspecto que se reconoció en el texto constitucional español fue el deber y responsabilidad de los padres de prestar asistencia a los hijos⁵⁰. La responsabilidad que ostentan los padres llega a ser exigible dentro y fuera del matrimonio, así lo aclara el constituyente, y se puede instituir que el cumplimiento de estos deberes resulta de vital importancia en la etapa de minoría de edad. Por último, se señala el derecho que posee el niño de ser protegido, bajo los estándares del derecho internacional⁵¹.

En estos estándares de protección del niño se encuentra el derecho de alimentación. En la norma civil española determinado en su artículo 23 y siguientes sobre los derechos de alimentos el cual indica que no solo los progenitores tienen la obligación de reconocer alimentos sino también habida cuenta las personas consanguíneas hasta el segundo grado de consanguinidad⁵².

Este fenómeno social que es la ruptura matrimonial se ha extendido en el tiempo y en diferentes sociedades; no obstante, en la mayoría de los países europeos persistieron ideas cristinas y católicas que catalogaron al matrimonio como indisoluble. Con el transcurso de los años sucedieron transformaciones, evidenciadas en el ámbito legal por la modernización de las leyes de divorcio, por lo que se determinó aceptar la ruptura matrimonial. Es así como en la década de los años setenta del siglo pasado la mayoría de los países europeos habían aceptado las leyes respecto al divorcio.

Con respecto al Fondo de Garantías para el pago de alimentos, este ha sido considerado por tratadistas internacionales y además por varios juristas y especialistas sobre el ramo de Derecho Familiar o Derecho de Alimentos, como un adelanto de la pensión alimenticia, y constituye una prestación pública, por medio de la cual se proporciona cierta cantidad de esa pensión. Este sistema ha sido tomado en cuenta como una responsabilidad pública relacionada a las consecuencias económica presentes ante la ruptura matrimonial. Tanto la responsabilidad pública como la privada han sido métodos

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Código Civil Español.- Año 2011 Artículos 23, 24, 25,26,27,28,29 y 30.- Editorial Registro Oficial .

de respuesta empleados para dar respuesta a la definición del divorcio y los resultados negativos para los niños, adolescentes y las mujeres; en el supuesto de tratarlo como un asunto privado, los dos progenitores deberán resolver su situación ante los tribunales, y en el caso de ser un asunto público pues se requerirá la participación estatal.

Es interesante cómo, ante una ruptura matrimonial, el Estado interviene en aras de brindar una protección a los niños y mujeres que están en un estado de indefensión. El divorcio, según algunos juristas, como Allende, Cabanellas, Roxin, Zafaronni entre otros indican que el derecho de alimentos llega a alcanzar una dimensión pública debido a varias razones, primero es capaz de desencadenar demandas relacionadas a la protección social de los niños y el cónyuge más desfavorecido o débil, segundo se abordan asuntos de índole moral y económica sobre el papel de los gobiernos en el incremento de la inestabilidad matrimonial y familiar, y tercero el divorcio se ha tratado como un tema de interés público al repercutir negativamente en cambios sociales y económicos, principalmente de los menores de edad⁵³.

La responsabilidad adquirida por el gobierno español sobre los niños y los progenitores más débiles se ha evidenciado en la materialización de un papel intermediador entre el progenitor que posee la custodia y aquel que carece de ella, además de otorgar una cierta cantidad monetaria que ayudaría con la compensación de las deudas del progenitor responsable. Para tener acceso a estos beneficios económicos brindados por el gobierno español deben ser cumplidos algunos requisitos, tales como:

“(…) las beneficiarias eran mujeres demasiado pobres para mantener económicamente ellas solas a sus hijos, es decir, tenía un criterio residual; otro requisito era tener una relación legal con el padre, lo que implicaba que la paternidad debía estar legalmente reconocida antes de que el adelanto se concediera; finalmente la prestación tenía un carácter de adelanto, el Estado servía de intermediario y luego recuperaba la cantidad”⁵⁴.

⁵³ MARÍN, T. *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*. Editorial: 3era edición, Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

⁵⁴ MADRUGA TORREMOCHA, I. *Monoparentalidad y política familiar. Dilemas en torno a la madre trabajadora/madre cuidadora*. Editorial: 2da edición, CIS. Madrid, 2016, p. 31.

Esta medida de carácter económico tiene una importante repercusión en la fijación de los alimentos a los menores de edad en España, y la misma ha tenido diversas transformaciones en el transcurso de los años. En la década de los años cuarenta esta prestación económica transformó su carácter en universal, puesto que ganó independencia de los ingresos que tenía el progenitor que poseía la custodia. En el caso de los menores, cuyo padre era desconocido, le asistió el derecho de acceder a esta prestación económica, hasta la edad de tres años. Así mismo, en posteriores años, fue suprimida la función de adelanto que tenía esta prestación, y se incluyó una cantidad mínima para cada menor. De esta forma aquellos niños cuyos padres no tenían su custodia y a su vez estaban imposibilitados de pagar una pensión alimenticia, recibían por parte del gobierno una cuantía monetaria mínima⁵⁵.

La fijación de los alimentos desde el marco de actuación de los poderes públicos españoles resulta un mecanismo que ayuda a respaldar necesidades apremiantes de los individuos, por medio del adelanto de la pensión alimenticia, que puede ser una parte o la totalidad de esta. Este mecanismo puede ser catalogado como una política familiar y dota de un carácter público las obligaciones económicas surgidas entre padres e hijos. Como principales causas⁵⁶ que impulsaron el desarrollo de este fondo vinculado directamente con la fijación del derecho a la alimentación en España se destacan las siguientes:

- Cambios demográficos.
- Creciente incidencia de la familia monoparental.
- Aumentos de los costos en las prestaciones asistenciales.
- Reconocimiento de la importancia de la pensión alimenticia.

Es por esto por lo que en el país ibérico la fijación de alimentos desde el ámbito que compete a la responsabilidad privada se reconoce la obligación de ambos progenitores de atender las necesidades de sus hijos, para lo cual existen una serie de mecanismos legales, donde el magistrado ocupa un papel principal en el establecimiento

⁵⁵ NAVARRO ARDOY, L. *Modelos ideales de familia en la sociedad española*. *Revista Internacional de Sociología* n°43, junio-julio 2012, pp. 119-138.

⁵⁶ MADRUGA TORREMOCHA, I. *Monoparentalidad y política familiar. Dilemas en torno a la madre trabajadora/madre cuidadora...* op., cit., p. 128-129.

de la pensión alimenticia, instrumento fundamental empleado en satisfacer las necesidades básicas del menor. En otras instancias se abogó por la fijación de alimentos como una cuestión de política pública familiar, y se constituyó un fondo para pensiones alimenticias, con el objetivo de respaldar a los niños y padres desfavorecidos ante las rupturas matrimoniales, o sea, el gobierno español actúa subsidiariamente en el cumplimiento de los derechos de los ciudadanos.

Hay que destacar también que España reconoce el principio internacional del interés superior del niño. A partir de la aprobación en el año 2015 de una nueva normativa⁵⁷, se modificó el sistema de protección a la infancia y adolescencia, por medio de la incorporación de este principio, y estableció determinados parámetros a seguir en la emisión de informes y resoluciones, estos son:

“a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde

⁵⁷ Ver en referencias bibliográficas *Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia*.

que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia”⁵⁸.

En esta norma legal se puede apreciar el interés por el desarrollo de una crianza del menor en un ambiente familiar adecuado. Se incita a la eliminación de la violencia, y se promueve una comunicación armónica y fluida entre los padres y sus hijos, además de garantizarles a los menores una vida plena y digna.

2.2. Fijación de alimentos en Argentina

En el ordenamiento jurídico argentino, se ha evidenciado la adopción de instrumentos internacionales relacionados a los derechos de los niños y adolescentes. Esto se ha reflejado tanto en la Constitución como en la normativa sustantiva vigente en el ámbito civil. En Argentina declaraciones y pactos como la DUDH, el PIDESC y la Convención sobre los Derechos de los niños han llegado a formar parte del Art. 75, inciso 22, del texto constitucional, cuya incorporación fue a partir de la reforma ejecutada en el año 1994⁵⁹. A partir de este reconocimiento, la formulación de programas y políticas del Estado deben atender los principios relacionados al enfoque de derechos abarcados por los instrumentos internacionales que la nación argentina ha ratificado.

En lo que se refiere a la alimentación se ha llegado a concientizar la relación directa que posee con la existencia del bienestar físico y mental de las personas, principalmente en la materialización del interés superior del niño y su desarrollo. A modo general, con la aplicación de los derechos en Argentina, se ha llegado a reconocer la integralidad de los derechos humanos, esto se refleja en que las atenciones dadas a determinado derecho no pueden provocar descuidos en otros. Así mismo, los derechos humanos se erigen como universales e indivisibles, y es responsabilidad del Estado, es este caso, del gobierno argentino garantizar dichos derechos al máximo de sus posibilidades, para lo cual se puede contar con la ayuda internacional.

Este país ha atravesado por importantes crisis económicas, que ha repercutido en el aumento en ciertas etapas de los índices de pobreza, ejemplo de ello fue la crisis

⁵⁸ *Ibídem.*

⁵⁹ Ver en referencias bibliográficas *Constitución de la Nación Argentina*, 1994.

económica que se presentó en el año 2001, por lo que se tomaron algunas medidas para tratar de contrarrestar los efectos negativos de la misma. De esta forma en el marco de las leyes se aprobó la Ley 25.724 en el año 2003, por medio de la cual se creó el Plan Nacional de Seguridad Alimentaria, cuyos objetivos estaban enmarcados en⁶⁰:

- Enmarcarse en el aseguramiento del acceso de la población vulnerable a una alimentación adecuada, suficiente y acorde a las particularidades y costumbres de cada región en el país.
- Brindar una asistencia alimentaria a las familias que se encuentran en una situación vulnerable.
- Otorgar facilidades para fomentar la autoproducción de alimentos en las familias, así como en las redes prestacionales comedores, centros comunitarios, entre otros.
- Impulsar la gestión en cuanto a la integración de recursos nacionales, provinciales y municipales, en aras de satisfacer las necesidades de la población.

Desde un punto de vista histórico, se puede mencionar que el proceso que se vivió en Argentina para reconocer en el ámbito del derecho aquellas necesidades de las personas tuvo sus inicios en la segunda mitad del Siglo XIX. En este país predominó una ideología basada en la beneficencia, por lo que se trabajó por ejecutar transformaciones en las que el Estado reconociera ciertas responsabilidades, y se materializaran acciones basadas en aquellas demandas sociales relacionadas a las necesidades que presentaban las personas. En el siguiente esquema se puede apreciar el desarrollo de la fijación de alimentos en el ordenamiento jurídico argentino:

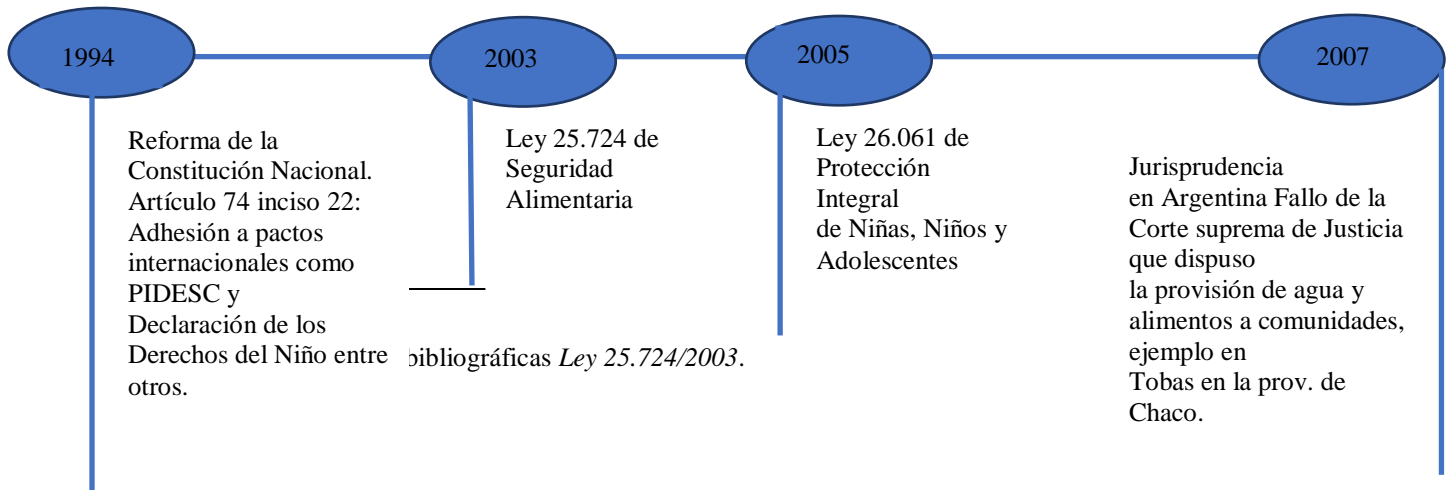


Ilustración 1 Cronología del derecho a la alimentación

Conforme a ello se desarrolla una normativa civil que topa el tema de la fijación de los alimentos. El Código Civil y Comercial argentino reconoce la prestación alimenticia entre los cónyuges en lo referente a todo el periodo de duración del matrimonio⁶¹. Entre los cónyuges la fijación de los alimentos puede llegar a ejecutarse por medio de la celebración de convenios cuando exista una demanda de divorcio, o también catalogada como separación personal⁶². Desde una perspectiva más amplia la norma civil aborda la fijación de alimentos entre parientes, en cuya relación la obligación alimenticia tiene un alcance y contenido acotado, también denominado de subsistencia o limitado⁶³.

Hay que señalar que esta norma civil recoge en una serie de preceptos legales, categorías generales de la obligación alimenticia, posteriormente trata cada categoría en particular y por último existen una serie de disposiciones referidas a los alimentos. Como parte de las normas generales sobresalen los caracteres de los alimentos que rigen en el ámbito civil argentino; primeramente, la obligación de prestar alimentos no debe y no puede ser compensada, en dicha situación también se encuentran los derechos a reclamar y percibir los alimentos, no son admitidas la transacción, renuncia, cesión, gravamen o embargo alguno⁶⁴.

En el caso de existir una deuda por alimentos como parte del incumplimiento de la obligación alimenticia esta no resulta compensable, a excepción de los alimentos

⁶¹ Ver en referencias bibliográficas *Ley 26.994/2014 Código Civil y Comercial de la Nación*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

devengados y no percibidos⁶⁵. Son tomadas en cuenta aquellas situaciones en donde la obligación alimenticia recae en más de una persona, en tal caso cada uno deberá cumplir con dicha responsabilidad de forma proporcional a sus ingresos y las necesidades del alimentante⁶⁶. Hasta aquí se puede observar la existencia de una distinción entre lo que implica el derecho de alimentación propiamente dicho, y los caracteres que intervienen en su salvaguarda y funcionamiento a partir de la fijación de la pensión alimenticia.

Si se observa el contenido de la obligación alimenticia en la norma civil argentina, sus preceptos legales contemplan que la prestación de alimentos comprende aquello que es necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica del alimentante, además que se vincula con las posibilidades reales del obligado⁶⁷. Se resalta además el contenido integral, asistencial y solidario que posee la obligación alimenticia. Para dar cumplimiento a esta obligación se ha estipulado el pago de una renta monetaria, la cual puede ser devengada por otros medios siempre que la persona obligada justifique dicha necesidad con motivos suficientes. El magistrado tendrá la facultad de fijar los periodos de tiempo, según las circunstancias, en que se pagará dicha pensión⁶⁸.

Retomando el derecho de alimentos para los hijos, el Código civil argentino establece claramente los deberes y derechos de los progenitores. Como parte de los deberes reconocidos se encuentra la prestación de alimentos, la convivencia y el cuidado de los hijos, así como su educación⁶⁹. La obligación de dar alimentos les corresponde a ambos progenitores, y el periodo de extensión de dicha responsabilidad fue establecido hasta los 21 años del hijo. Esta obligación dirigida a los hijos resulta ser un poco más amplia, ya que comprende la satisfacción de sus necesidades dígame manutención, esparcimiento, vestimenta, asistencia y gastos por enfermedad, habitación, y aquellos gastos necesarios para que los hijos puedan llegar a obtener una profesión u oficio.

Para los hijos estas prestaciones pueden ser monetarias o en especies, y su ejecución debe ser proporcional a las posibilidades económicas de los progenitores y

⁶⁵ *Ibidem.*

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁸ *Ibidem.*

⁶⁹ *Ibidem.*

acorde también a las necesidades de sus hijos⁷⁰. Se incluyen en esta ley civil las tareas de cuidado personal en el ámbito cotidiano del progenitor hacia al hijo, a las que se le otorga un valor económico y significan un aporte a la manutención⁷¹.

Un aspecto importante por destacar es la relación que existe entre la aplicabilidad del derecho de alimentación y el interés superior del niño en la legislación argentina. En el Art. 3 de la Ley No. 26.061, de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, se reconoce y define el interés superior del niño, niña y adolescente, como “(...) la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos”⁷². Este reconocimiento constituye una reafirmación de la condición que poseen los menores como sujetos de derecho. En la norma legal se adopta un criterio orientador para la correcta aplicación del principio de interés superior del niño, el cual es posicionado como el centro de la vida y concebido “(...) el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”⁷³. La relevancia de dicho reconocimiento recae en que este principio se convirtió en una pauta para decidir todo lo relativo a la patria potestad sobre los menores, lo cual incluye el derecho a la alimentación.

2.3. Fijación de alimentos en Chile

El caso chileno, en la fijación de alimentos, encuentra sus primeras manifestaciones desde el ámbito legal, específicamente en la Constitución, al estipular el aseguramiento a todas las personas del “(...) derecho a la vida y a la integralidad física y psíquica”⁷⁴. De este precepto se puede deducir que el derecho a la vida resulta ser uno de los más importantes, lo que implica una adecuada alimentación, ya que constituye uno de los medios por los que se hace efectivo el derecho a la vida de toda persona. En la doctrina jurídica seguida en Chile⁷⁵ se ha distinguido en cuanto a la fijación de los alimentos, dos

⁷⁰ *Ibidem.*

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² Ver en referencias bibliográficas *Ley No. 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes*, 2005.

⁷³ *Ibidem.*

⁷⁴ Ver en referencias bibliográficas *Constitución Política de la República de Chile*, 1981.

⁷⁵ Constitución Política de la República de Chile 1981 Art enumerado sobre derecho de alimentos

tipos de obligación alimenticia, estos son: la obligación alimenticia legal, que posee un carácter forzoso, y se encuentra instituida por ley; el segundo tipo es una obligación alimenticia voluntaria, o sea, que a partir del actuar de las personas esta llega a establecerse, por lo que no media la participación de los órganos de administración de justicia.

La obligación alimenticia de índole legal es la que será analizada, ya que por medio de esta se llega a establecer la pensión alimenticia. Constituye además el deber impuesto por la norma jurídica, a determinadas personas de proporcionar alimentos a otras, cuando concurren determinadas circunstancias. Se estableció respecto a estas circunstancias la presencia de un presupuesto o requisito elemental sobre el cual debe operar la obligación alimentaria, es decir el estado de necesidad del acreedor, cuyo rasgo principal es no poseer medios propios para subsistir de manera modesta y acorde a su posición social⁷⁶. Conforme a lo estipulado en la norma civil chile se deduce que la obligación alimentaria y por ende la fijación del alimento no llega a ser aplicada sino existe un estado de necesidad.

A manera general, se puede apreciar que el ordenamiento jurídico chileno posee una serie de normas en las que se topa el tema del derecho a la alimentación. Como se mencionó con anterioridad el Código Civil regula lo referente a la obligación alimentaria específicamente en su Título XVIII del Libro I⁷⁷, en donde llega a establecerse la naturaleza de los alimentos, las personas en las que recae la responsabilidad y aquellas necesitadas, incluso se regula la duración de la prestación alimentaria, así como elementos particulares de la misma. Otras normas legales que establecen este tipo de derecho son las leyes referidas a la adopción, al abandono de familia y el pago de pensiones, relacionadas con los menores. También fueron incorporadas normas como la Ley de Matrimonio Civil⁷⁸ y la Ley de Tribunales de Familias, en las que se hace alusión a la temática del derecho de alimentos. En el ámbito del derecho internacional Chile se ha adscrito a varios instrumentos internacionales sobre el derecho a la alimentación tales

⁷⁶Ver en referencias bibliográficas *Código Civil de la República de Chile*, 1857.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Ver en referencias bibliográficas *Ley 19.947- Ley de Matrimonio Civil*, 2004.

como la Convención sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero, desarrollada en la ciudad de Nueva York en el año 1956⁷⁹.

Hay que mencionar que el cumplimiento de la obligación alimenticia está sujeto al pago de pensiones. Normalmente en el ordenamiento jurídico chileno esto se refleja en las prestaciones en dinero, aunque también queda abierta la posibilidad de la materialización por medio de prestaciones en especie, como muestra de las acciones periódicas que suceden entre el alimentante y el alimentado⁸⁰. Cuando se fija el monto de la pensión alimenticia se reconoce que el magistrado debe realizar dicha tarea, para lo cual emplea el conocimiento de la causa, y su respectivo criterio.

Cuando se desarrolla la fijación de los alimentos la norma civil reconoce dos pautas, la primera es la posición del alimentado y la segunda las facultades del alimentante. En cuanto al alimentado, los alimentos que se le proporcionan deben garantizar su subsistencia, para lo cual se emplean los términos modestia y posición social⁸¹. En lo que respecta a este último se entiende que se dirige al rango o jerarquía que se le reconoce a una persona en relación con el resto de los miembros de la sociedad. Los parámetros mediante los cuales se llega a determinar la posición social de una persona son, a modo general, la profesión, el patrimonio, entre otros.

Cuando se emplea el término la posición social en el ámbito de la mujer casada, esta se relaciona con la del marido y en el caso de los hijos menores habidos dentro del matrimonio, su posición social responde a la de sus padres. No obstante, en responsabilidad de los jueces aplicar su criterio en la determinación de la posición social, en aquellos procesos en que determinada persona esté demandando alimentos, además de fijar la cuantía y su respectiva suficiencia. La ejecución de esta responsabilidad puede resultar compleja en el caso específico de la mujer, puesto que la misma puede tener una profesión o cierta actividad que le genera ingresos propios, incluso superiores a los del

⁷⁹ Uno de los objetivos principales de esta convención radica en la posibilidad que tiene una persona que se encuentra en un país, demandar alimentos a otro sujeto que se encuentra en un país diferente, y así obtener de dicho sujeto el pago correspondiente.

⁸⁰ Ver en referencias bibliográficas *Ley 14.908 de 1962 Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias*.

⁸¹ Ver en referencias bibliográficas *Código Civil de la República de Chile*, 1853.

marido, y por otro lado existen situaciones tales como los hijos habidos fuera del matrimonio, cuyos progenitores pueden tener diferente posición social.

Acerca de la segunda pauta, las facultades del alimentante, la norma legal establece que: “En la tasación de los alimentos se deberán tener siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas”⁸². Se puede apreciar que estas facultades están relacionadas con los ingresos que posee la persona obligada, y en lo que respecta a las circunstancias domésticas se refieren a los gastos que el responsable de la obligación alimenticia debe realizar para poder vivir. Dentro de los parámetros que pueden ser tomados en cuenta en las circunstancias domésticas está la existencia de una nueva pareja e hijos, y los gastos que representan para el deudor de la obligación alimenticia.

La jurisprudencia chilena se ha manifestado sobre este tema y al respecto se ha considerado lo siguiente:

“Con relación al alimentante, los alimentos deben ser regulados atendiendo a sus ingresos ordinarios o regulares, por tanto, ha de excluirse un ingreso esporádico y no susceptible de reiterarse, como es la indemnización por término de trabajo que el alimentante haya recibido de su ex empleador. (...) No es posible considerar rentas del alimentante las cantidades que éste recibe a título de viáticos, es decir, para indemnizar el mayor gasto que debe sufragar con ocasión de trasladarse a algún lugar distinto del de su residencia habitual; ni tampoco tienen ese carácter los gastos destinados a movilización, que debe invertir precisamente en ese objeto, sin que reporte utilidad alguna de los dineros percibidos por esos conceptos. (...) Para regular la pensión que debe proporcionar el alimentante no cabe considerar el ahorro que éste ha realizado a través del ejercicio de su cargo, puesto que el ahorro no constituye renta. (...) Cuando el derecho de usufructo se fija como pensión alimenticia (Ley 14.908, Art. 7), debe otorgársele un valor correlativo para el alimentante demandado que, unido al porcentaje de sus emolumentos que se regulen, no sobrepase el 50% de sus rentas”⁸³.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ SCS No. 116/88 (Corte Suprema 12 de abril de 1988).

Como bien se puede apreciar en la sentencia emitida por la Corte Suprema chilena la tarea de los jueces resulta ser ardua, en la fijación de las pensiones alimenticias, razón por la cual esta responsabilidad debe ser ejecutada con dedicación y de forma adecuada. Los magistrados deben tener acceso a la mayor cantidad posible de antecedentes e información que sirvan como base para establecer las necesidades del acreedor y las facultades del deudor. La manifestación de errores en la fijación de los alimentos traerá repercusiones negativas en ambas partes.

Con el desarrollo de los órganos de justicia especializados en temas de familia, a partir de la aprobación de la Ley No. 19.968 de 2004, la fijación de alimentos no resulta ser una decisión exclusiva del juez, sino que este deberá consultar con un consejo técnico, integrado por un equipo interdisciplinario que estará capacitado en el área de familia⁸⁴. De esta forma los Tribunales de Familia han logrado generar aportes válidos en los procesos de demandas en las que están inmersos menores de edad.

Habría que decir también que la fijación de los alimentos implica una forma de pago. El Código civil en su Art. 331 establece que las pensiones alimenticias estipuladas por los órganos de justicia deberán pagarse por medio de mesadas anticipadas⁸⁵. La mesada significa un pago monetario mensual, en el caso de que se pague anticipadamente se fundamenta en que los alimentos constituyen la subsistencia y mantenimiento del alimentado, por lo que ambos factores no funcionan con un efecto retroactivo.

En la legislación chilena no existe el derecho de opción sobre el tipo de prestación alimentaria. En el supuesto de que el alimentante llegara a ofrecerse a recibir en su casa al alimentado, y asumir mantenerlo, el magistrado tiene potestades para aplicar la decisión que estime conveniente, para lo cual tomará como referencia los antecedentes y circunstancias de cada caso.

Existe la diferenciación entre alimentos provisorios y alimentos definitivos. Acorde a lo estipulado en la norma civil chilena esta clasificación responde al momento procesal en que los alimentos son decretados, además de la permanencia o transitoriedad de las prestaciones alimenticias. En el caso de los alimentos definitivos estos son los

⁸⁴ Ver en referencias bibliográficas *Ley No. 19.968, crea los Tribunales de Familia*, 2004.

⁸⁵ Ver en referencias bibliográficas *Código Civil de la República de Chile*, 1853.

decretados en una sentencia de término, y surte efectos en toda la vida del alimentado, toda vez que aquellas circunstancias que legitimaron la demanda sean mantenidas. Los alimentos provisorios son aquellos que el magistrado ordena, en el periodo que se ventila la obligación de prestarlos y antes que se emita un fallo definitivo en el proceso. Su duración es hasta emitida la sentencia final del juicio. Esta diferenciación no está enmarcada a partir de lo fijado por la norma legal, sino que la distinción responde directamente al momento procesal en que es otorgada la prestación alimenticia.

2.4. Fijación de alimentos en Paraguay

En el ordenamiento jurídico de Paraguay se exige la obligación legal de prestar alimentos a los hijos menores de edad, y dicho derecho rige a partir de la concepción del niño, así lo refleja el Art. 97, párrafo segundo, del Código de la Niñez y Adolescencia: “La mujer embarazada podrá reclamar alimentos al padre del hijo. Los alimentos comprenden también la obligación de proporcionar a la madre los gastos que habrán de ocasionar el embarazo y el parto”⁸⁶. Acorde a este precepto legal la obligación alimenticia surge desde la concepción del hijo en el vientre materno.

Acerca de los caracteres de los alimentos se puede decir que en el ordenamiento jurídico paraguayo son considerados de orden público, inembargables, irrenunciables y no pueden ser compensados ni cedidos, esto se refleja de forma expresa en el Art. 262 del Código civil⁸⁷. Estos caracteres son aplicados a cualquier acto jurídico relacionados con los alimentos. En lo que respecta a la asistencia alimenticia esta va más allá de los elementos necesarios para brindar alimentos al niño o adolescente, es decir que se incluye lo relacionado a la vestimenta, habitación, salud, educación y recreación⁸⁸.

Si son analizadas las características del derecho de familia en la legislación paraguaya, se puede apreciar que el ejercicio de la patria potestad por parte de los padres es compartido, razón por la cual en ambos progenitores recae la obligación legal de contribuir a respaldar y garantizar las necesidades de sus hijos menores. El proveer estos recursos económicos a sus hijos debe ser un actuar proporcional a las posibilidades

⁸⁶ Ver en referencias bibliográficas *Ley No. 1680/2001 Código de la Niñez y Adolescencia*.

⁸⁷ Ver en referencias bibliográficas *Ley No. 1183/85, Código Civil*.

⁸⁸ Ver en referencias bibliográficas *Ley No. 1680/2001 Código de la Niñez y Adolescencia*.

económicas reales de los padres. Esto significa que el derecho a la alimentación que poseen los hijos constituye una derivación de los deberes legales que implica el ejercicio de la patria potestad.

En el ámbito legal se requiere que el juez ejerza una valoración eficiente y detallada sobre la obligación alimenticia que tiene el progenitor, atendiendo a los principios de responsabilidad y equidad, en el ejercicio de la patria potestad compartida. Se ha reconocido que en el caso de la madre cuando tiene a su cargo un niño pequeño, y se ve imposibilitada de salir a trabajar, por brindar un cuidado a su pequeño, dicha situación ha sido valorada como un aporte real a la asistencia del menor de edad, que posee un valor económico, además del aspecto de índole afectiva que también posee una gran importancia.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento presente en el Código de la Niñez y Adolescencia de Paraguay, para emprender la acción de alimentos se ha llegado a establecer que:

“En el juicio de alimentos, el trámite se regirá por el procedimiento especial establecido en este Código, con las excepciones establecidas en este Capítulo.

Durante cualquier etapa del procedimiento, el Juez podrá dictar la fijación provisoria de alimentos, para lo cual deberá oír al demandado, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 188 de este Código”⁸⁹.

En el desarrollo de este proceso judicial se evidencia que la prestación alimenticia alcanza dos extremos que deben ser probados. El primero de estos extremos es el derecho en virtud del cual se reclaman los alimentos y el segundo resulta ser el caudal económico del demandado; bajo ambos elementos el juez deberá determinar coherentemente la fijación de alimentos. Los medios para probar tanto el derecho que asiste a la reclamación de alimentos descansa en el empleo del instrumento público respectivo o por la absolución de las posiciones del demandado, y en el caso del caudal económico del demandado este podrá ser probado o acreditado a través de cualquier medio de prueba, tales como

⁸⁹ *Ibidem.*

testificales realizadas ante el magistrado⁹⁰. Esta norma legal que trata las cuestiones relativas a los niños y adolescentes resulta ser bastante clara en cuanto al cumplimiento de la prestación alimenticia.

En el proceso judicial por la prestación de alimentos es posible que el alimentante pueda intervenir. Esta intervención del demandando resulta ser restringida o limitada⁹¹. De este reconocimiento en la normativa surge la posición de parte del demandado en el proceso, aunque reflejada en la participación de sólo una vez en una audiencia y citado de forma previa. Este espacio de actuación del demandado será propicio para ejercer su defensa, mediante la materialización de excepciones, y el ofrecimiento de pruebas.

En la legislación paraguaya la cuota de alimentos a favor de niños y adolescentes puede ser establecida tanto en dinero efectivo como también en especie. La persona obligada en la prestación alimentaria puede dar cumplimiento a la misma mediante varias vías, ejemplo el pago de las cuotas del colegio, los útiles y uniformes escolares, el seguro médico, entre otras. En el caso específico de que la cuota de alimentos fuera establecida en dinero efectivo, y una de las partes esté imposibilitada en su cumplimiento, no se pueden materializar por voluntad propia otro tipo de pagos que considere convenientes. El cumplimiento de la resolución judicial debe ser ejecutada a cabalidad, por lo que otra forma de pago no puede ser admitida, de forma unilateral. Este tipo de pagos, aunque son materializados a favor del menor, pueden llegar a ser interpretados como pagos voluntarios realizados por el progenitor pero que no son deducibles de la cuota alimentaria en dinero. Al respecto la jurisprudencia paraguaya se pronunció de la siguiente forma:

“(…) Otro punto de importancia que tiene que aclararse convenientemente es que el pago de las cuotas alimenticias necesariamente debe efectivizarse de la manera impuesta en la sentencia recaída en el juicio de asistencia alimenticia. En el caso de autos, en la cuenta judicial habilitada en el Banco Central del Paraguay. Por consiguiente, cualquier otra forma de cumplir con el deber alimentario, según numerosos precedentes sentados por este Tribunal, solo resultarían admisibles si media el allanamiento de la parte ejecutante...En consecuencia, el importe

⁹⁰ *Ibidem.*

⁹¹ *Ibidem.*

abonado al colegio de los hijos del accionado, de acuerdo con los precedentes de este Tribunal, tienen que ser considerados como aportes voluntarios del progenitor (...)”⁹².

Otra de las situaciones que llegan a influir en la materialización de la prestación alimenticia es la ausencia de alguno de los progenitores para dar cumplimiento con dicho deber alimentario, o puede darse el caso de que la prestación sea insuficiente para poder cubrir las necesidades del menor, para ambos casos la ley prevé la sustitución de las personas obligadas, en cumplimiento del principio del interés superior del menor establecido como pauta constitucional⁹³, cuyo principio será aplicado en los órganos de administración de justicia. En la doctrina defendida en la jurisprudencia y normal legales paraguayas se adoptó por un largo periodo de tiempo que las prestaciones de terceros obligados, estipulados en el Código civil, contribuirían con el mínimo indispensable para garantizar la vida del alimentado.

Conforme a lo defendido por la doctrina jurídica paraguaya, en la actualidad se ha defendido que el cumplimiento del deber por estos terceros⁹⁴ se extiende a la denominada solidaridad familiar, donde el *quantum* alimentario determinado por la resolución judicial debe estar en correspondencia con la posición social del alimentado y sus necesidades, de una manera integral. La propia Convención de los Derechos del Niño no hace distinción ni llega a discriminar entre la obligación de los padres y las otras personas responsables⁹⁵, por lo que la legislación paraguaya responde a dichos preceptos, ya que al ser un Estado parte, tiene la obligación de implementar medidas legislativas adecuadas.

Acorde a la aplicación de principios procesales como la celeridad y el principio de economía procesal, y la adecuación de las necesidades del alimentado, además de la imposibilidad real de uno de los padres de cumplir con la obligación alimenticia, tanto en la doctrina jurídica como en la jurisprudencia se ha llegado a admitir, incluso a recomendar un obligado sustituto. El Código de la Niñez y Adolescencia reconoce la

⁹² Acuerdo y Sentencia No. 110 (Cámara de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia 19 de julio de 2004).

⁹³ Ver en referencias bibliográficas *Constitución de la República de Paraguay*, 1992.

⁹⁴ Ver en referencias bibliográficas *Ley No. 1183/85, Código Civil*.

⁹⁵ Ver en referencias bibliográficas *Resolución 44/25 Convención de los Derechos del Niño*, 1989.

materialización de la prestación alimenticia obligatoria a cargo de parientes⁹⁶, lo que evidencia la importancia de esta prestación, su garantía y efectivo cumplimiento.

En la legislación de este país los padres resultan ser los responsables de las necesidades de sus hijos menores de edad, y se reconoce dicha responsabilidad para terceras personas que puedan sustituir a los progenitores en el caso de estos verse imposibilitados. De esta forma cuando los padres no puedan cancelar la prestación económica de alimentos para sus hijos, prevalecerá el interés superior del niño, catalogados como personas vulnerables.

3. El derecho de alimentos de los niños en Ecuador

3.1. Los derechos de alimentos del niño en La Constitución del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador (CRE) reconoce diversos aspectos dirigidos especialmente a los menores de edad. Esto se evidencia en que el cuerpo de la norma constitucional, en su mayor parte, se alcanza a ratificar los principales aspectos internacionales defendidos por la Convención de los Derechos del Niño. Como parte de los paradigmas reflejados en este instrumento internacional se encuentra la protección integral de los derechos, el cual se ha transformado en el punto de partida para brindar una adecuada respuesta a los temas jurídicos vinculados a la infancia y adolescencia. Algunos aspectos que forman parte de este paradigma son la definición del niño, niña y adolescente, el reforzamiento y viabilidad del carácter de los derechos de niños y adolescentes y su goce efectivo, y el interés superior del niño; estos elementos resultan ser los de mayor importancia.

Antes de analizar los principales aspectos de la niñez y adolescencia que abarca la CRE, hay que destacar algunos elementos generales que la definen y que por lo tanto también actúan en los derechos reconocidos a los menores. La norma constitucional vigente y aprobada en el año 2008, tiene dos características esenciales que marcan su funcionamiento, la primera es la superioridad jerárquica y la segunda el carácter normativo directo que posee. Ambas características son las que definen la implementación de un nuevo constitucionalismo en el país. En cuanto a la jerarquía que

⁹⁶ Ver en referencias bibliográficas *Ley No. 1680/2001 Código de la Niñez y Adolescencia*.

ostenta el texto constitucional, esta se encuentra reflejada en varios de sus preceptos, tal es el caso de los artículos 424 y 425, en los que se afirma la supremacía y prevalencia del contenido de la norma constitucional dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano y además se señala el cumplimiento de convenios internacional relacionados a los derechos humanos y la prevalencia de estos, sobre el texto constitucional, en los casos específicos en que los instrumentos internacionales reconozcan derechos más favorables⁹⁷.

Si se estudia la eficacia normativa directa que posee la Constitución, se puede apreciar que esta se encuentra garantizada de forma plena, especialmente en lo que se refiere a derechos y garantías⁹⁸, ello se encuentra directamente relacionado con los principios que responden a la misma denominación, y que constituyen pilares fundamentales de la implementación de un nuevo paradigma constitucional, donde el texto constitucional se transforma en una norma jurídica que posee una capacidad regulatoria y no se erige de forma exclusiva como un programa político.

Ahora bien, la norma constitucional también se refiere al papel que desempeña la garantía de los derechos fundamentales. La importancia que poseen los derechos humanos para un Estado constitucional ha sido expuesta en la adopción por parte de los diversos ordenamientos jurídicos, de varias regulaciones normativas que fomenten la inviolabilidad de este tipo de derechos⁹⁹. De esta forma la protección de los derechos se ejecuta bajo un sistema donde predomina la integralidad, es decir se toma en cuenta la tanto la dimensión objetiva como subjetiva del derecho. Otro elemento por destacar es que las garantías constitucionales a los derechos son un mecanismo de aseguramiento, que se llegan a configurar como elementos imprescindibles para que los derechos tengan una real eficacia jurídica. Al respecto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se ha

⁹⁷ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/ *Constitución de la República del Ecuador- CRE*.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Según PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Editorial: Universidad Castilla-La Mancha. Cuenca, 2000, p. 230... Antecedentes históricos de esta concepción se encuentran en la Ley Fundamental de Bonn que establece en su Art. 2: “Que en ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental”; así también el Art. 53, numeral 1 de la Constitución española, dispone que: “Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades (...)”.

llegado a reconocer como finalidad de las garantías constitucionales la protección inmediata de los derechos¹⁰⁰.

Estas garantías se encuentran relacionadas con los derechos de infancia y adolescencia, reflejadas además en legislaciones integrales, como la ecuatoriana, y donde se ponen de manifiesto los siguientes elementos¹⁰¹:

- a) Establecimiento de una diversidad de sujetos responsables de los derechos, en diferentes niveles, los cuales en los asuntos relacionados con la infancia y adolescencia se traduce en la existencia de una correlación entre Estado, sociedad y familia, y el respeto y garantía de los derechos de estos menores.
- b) No poseer una visión limitada y reduccionista de la garantía de los derechos. Esto en el ámbito de la exigibilidad de dichos derechos, principalmente los derechos de los menores y adolescentes se ha denominado judicialización de la política pública, por medio del establecimiento de legislaciones que abarcan el tema de la tutela y el diseño y materialización de sistemas de protección integral. Ello evidenció la complejidad inherente en la visión de las garantías constitucionales, ya que se existen múltiples órganos e instituciones en los que recae la responsabilidad de intervenir en la protección de los niños y adolescentes. Estos órganos en el marco de la jurisdicción y administración llegan a materializar cierta preferencia o prioridad en los asuntos vinculados a los derechos de los menores de edad.
- c) Existe una complejidad territorial en el cumplimiento de las garantías constitucionales, por lo que atendiendo a razones democráticas y la eficacia de dichas garantías, se ha implementado un sistema de protección que posee diversas escalas, infra y supraestatales.

¹⁰⁰ Ver en referencias bibliográficas *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, 2009.

¹⁰¹ STORINI, Claudia. *Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales: en la nueva Constitución del Ecuador*. Editorial: 2da edición, Corporación Editora Nacional. Quito, 2014, pp. 102-104.

- d) Para la correcta materialización de las garantías constitucionales en el marco de acción de la democracia, se recomienda que dichas garantías sean más participativas y menos institucionalizadas, lo cual aboga por el desarrollo de un sistema participativo, en el que la sociedad civil llega a definir la política juntamente con el Estado.

Ahora bien, la CRE alcanzó a asumir un papel unitario en torno a los derechos, esto significa en el cuerpo normativo constitucional los derechos son indivisibles, independientes, y de igual jerarquía, por lo que no se abre ningún espacio que motive a la degradación entre ellos. Es importante señalar que el Estado tiene la obligación de garantizar, sin la mediación de actuares discriminatorios, el efectivo goce de los derechos establecidos en la norma constitucional, así como los instrumentos internacionales. De dicha obligación estatal se deduce que los derechos fundamentales constituyen límites y objetivos al poder estatal. A consideración de algunos estudiosos del tema se ha desarrollado “(...) un modelo garantista ya que usa una “técnica de minimización de la discrecionalidad del poder y, a la vez, de maximización de todas las expectativas garantizadas como derechos fundamentales”¹⁰².

En el caso específico de los derechos de niños y adolescentes en materia de derechos, la Constitución vigente posee algunos elementos que la distinguen de la norma anterior, estos son:

- Se elimina la mención del derecho a la vida de niños, niñas y adolescentes desde una perspectiva del término “concepción”, y se determina que se “protege a la vida desde la concepción”, o sea se amplía la magnitud del derecho a la vida.
- Es establecido el derecho al voto de manera facultativa a partir de los 16 años, y se llega a reiterar que las personas menores a 18 años disfrutan de los derechos comunes al ser humano¹⁰³.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. *Notas Críticas y Autocríticas en Torno a la Discusión sobre Derecho y Razón*. Editorial: 3era edición, Temis. Bogotá, 2015, p. 426.

¹⁰³ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/ *Constitución de la República del Ecuador- CRE*.

- Se afianza en torno a la garantía de los derechos de los niños y adolescentes la prevalencia de un sistema descentralizado¹⁰⁴.

En la norma constitucional se llega a reiterar que el Estado, la sociedad y la familia deberán promover, bajo acciones prioritarias el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el aseguramiento del ejercicio pleno de sus derechos. Algunas de las novedades reflejadas en la CRE respecto a los niños, son la materialización de la adecuación acorde a su idioma, específicamente en los contextos sociales de los pueblos y nacionalidades ancestrales del Ecuador, además del derecho que poseen los menores a recibir información respecto a progenitores y familiares ausentes.

Otro aspecto por destacar es la fijación del derecho a la identidad, el cual se reconoce por la normativa constitucional vigente en un sentido más amplio. Son establecidos como elementos de la identidad personal y colectiva, el poseer nombre y apellido, registrados de forma correcta y escogidos libremente. Unido a ello se les reconoce el derecho a todas las personas, entre las que se incluyen a los menores de edad, el fortalecimiento, desarrollo y conservación de aquellas características materiales e inmateriales relacionadas a la identidad, ejemplo de ello es la nacionalidad, las manifestaciones culturales y espirituales, además de que se mantiene la garantía estatal de la libre expresión. Esto último en los menores de edad y adolescentes en general se pone de manifiesto por medio del funcionamiento de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas¹⁰⁵.

El ejercicio pleno de los derechos, y la prevalencia de los derechos fundamentales de los menores sobre los derechos de las demás personas, responden al principio de interés superior del niño, evidenciado en la norma constitucional ecuatoriana a partir de la corresponsabilidad que existe entre el Estado, la sociedad, y la familia. El papel ejercido por los padres en el cuidado, crianza y educación de sus hijos repercute directamente en el desarrollo del derecho a la alimentación, esta situación resulta de vital importancia cuando ambos progenitores están separados¹⁰⁶. La referencia que se hace a la separación

¹⁰⁴ *Ibídem.*

¹⁰⁵ *Ibídem.*

¹⁰⁶ *Ibídem.*

de los padres en la norma constitucional resulta ser una novedad, ya que dicho término no fue reflejado en los anteriores textos constitucionales.

En cuanto al derecho de la alimentación hacia los menores de edad, es tomado en cuenta como parte del derecho a la salud integral y la nutrición. Es un derecho que debe ser resguardado en el seno de la familia, a partir de la promoción y ejercicio de una maternidad y paternidad responsables. Este derecho constitucional es reflejado como un deber y responsabilidad de todos los ecuatorianos¹⁰⁷. El nivel constitucional que se le otorga al derecho de alimentación evidencia un avance en el cumplimiento de las obligaciones internacionales que el país ha suscrito en los últimos años.

Uno de los aspectos que es introducido por la Constitución, resulta ser el desarrollo integral, abordado como un proceso de crecimiento, maduración y despliegue del intelecto y las capacidades del individuo, a ello se suma la existencia de un medio marcado por la familia, centros educativos, afecto y seguridad. Todos estos elementos actuarán en el menor de tal manera que se llegue a alcanzar la satisfacción de sus necesidades principales, tales como las sociales, afectiva-emocionales y culturales¹⁰⁸.

Se otorga una protección contra la posible explotación económica, ello se encuentra reflejado de forma expresa con la prohibición constitucional del trabajo por debajo de los 15 años, cuya ejecución con una edad menor a la reflejada podrá ser aceptada solo bajo condiciones excepcionales y la presencia de elementos que no interfieran con la salud y desarrollo personal del menor. Estos factores están destinados a erradicar el trabajo infantil.

La centralización en cuanto a la garantía y cumplimiento de los derechos se evidenció con la creación de los consejos nacionales que velaran por la igualdad de las personas, estos órganos se erigieron como responsables del ejercicio y vigencia de los derechos consagrados en la norma constitucional y en instrumentos internacionales sobre

¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁸ *Ibidem.*

los derechos humanos¹⁰⁹. En el caso de los menores de edad se mantiene un sistema descentralizado integrado por instituciones públicas, privadas y comunitarias¹¹⁰.

A manera general se puede decir que la norma constitucional ecuatoriana reitera los preceptos establecidos en la Convención de los Derechos del Niño, o sea, reconoce de forma expresa los niños y adolescentes son sujetos de plenos derechos, además que son titulares de todos los derechos y especialmente aquellos específicos para su edad. Es resaltada la necesidad de que los derechos especiales de los menores requieren una especial atención por parte del Estado, la sociedad y la familia, y que pueden ser ejercidos de forma progresiva. Conforme a lo estipulado los menores se convierten en titulares de todas las garantías establecidas en el texto constitucional, con el objetivo de que lleguen a protegerse individual o colectivamente, de aquellas acciones u omisiones que vulneran y perjudican sus derechos.

3.2. Principios de realización de la justicia en niñez

La Constitución ecuatoriana reconoce en el sistema procesal una serie de principios¹¹¹ que resultan aplicables a la realización de la justicia, en asuntos vinculados a la niñez y adolescencia. Al ser postulada como una “norma de normas”, en ella se llegan a reconocer los poderes constituidos, atendiendo a principios y valores superiores. La norma constitucional es la que llega a orientar el proceso normativo y las decisiones tomadas en torno al ordenamiento jurídico, las cuales se derivan de su propia existencia.

El Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social del Ecuador, está caracterizado por poseer una serie de principios, garantías y derechos. Estos principios constituyen normas o reglas del derecho universal, los cuales deberán ser respetados por los operadores de la justicia de forma estricta. Dichos principios, alcanzan parte de su manifestación a través de las garantías constitucionales, que, si se analizan desde el ámbito del proceso judicial, se convierten en medios procesales reconocidos en la norma

¹⁰⁹ *Ibidem.*

¹¹⁰ *Ibidem.*

¹¹¹ *Ibidem.*

constitucional, para que en la práctica respondan al cumplimiento de los derechos constitucionales.

A modo general los principios que rigen el funcionamiento del sistema procesal en el país son las propias reglas que la norma constitucional y la ley otorgan a las partes en el proceso, con el objetivo de que alcancen a defender sus derechos, y así poder accionar cuando corren peligro, u obtener la debida reparación cuando son violados. Estos principios tienen como fin principal proteger los derechos humanos, constitucionales y procesales, además de velar por el principio de supremacía de la Constitución. Algunas características que son atribuidas a los principios radican en considerarlos de la siguiente manera¹¹²:

- Poseen mandatos de optimización, ejemplo es que toda persona tiene derecho a la seguridad social.
- Llegan a colisionar con otros principios e incluso bienes jurídicos tutelados en el marco constitucional.
- Llegan a ser interpretados de manera sistemática.
- Desde el ámbito de la doctrina los principios deben funcionar como base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico, además de que actúan como directriz hermenéutica en la aplicación de las reglas jurídicas.
- En los supuestos de que no exista una norma concreta y específica, los principios son utilizados como fuente integradora del derecho.

La importancia de los principios procesales radica en la naturaleza jurídica que estos poseen, una naturaleza eminentemente constitucional. La norma constitucional posee preceptos que llegan a establecer de forma directa o indirecta un sistema cognitivo, razón por la cual dicha norma debe estar integrada por principios, derechos, valores, garantías y normas que regulen los poderes del Estado y del derecho procesal, su interpretación debe estar enfocada en su consideración como un ordenamiento sistemático y no fraccionado. En el ámbito de la administración de justicia estos principios juegan un

¹¹² ECHEVERRÍA, Orlando. *Debido Proceso y principios procesales*. Editorial: 2da edición, La Ley. Bogotá, 2013, p. 25.

papel fundamental, ya que orientan la actividad de los órganos y operadores del derecho, y aquellos que intervienen en el proceso judicial.

Los principios que se analizarán a continuación son considerados como aquellos que rigen el sistema procesal ecuatoriano y por tanto son los principios que se aplican en la realización de la justicia de la niñez:

I. Simplificación:

La simplificación en el campo del derecho y la materialización de la justicia implica la eliminación o supresión de ciertas exigencias de las partes, los requisitos también pueden ser reducidos en el caso de determinadas actuaciones de los operadores procesales, que pueden llegar a tornar engorroso el proceso judicial, estas acciones están dirigidas hacer más sencillo el proceso. Esta simplificación será ejecutada siempre que no atente el debido proceso y no llegue a perjudicarse la validez de este¹¹³.

Bajo este principio, los trámites judiciales y no judiciales, establecidos por los órganos de poder público, deben caracterizarse por la sencillez, por lo que las complejidades innecesarias deben ser erradicadas. Esto significa que los requisitos a exigirse deben ser racionales y guardar determinada proporción con los objetivos que se persiguen. No resulta positivo establecer una serie de solemnidades injustificadas, que llegan a entorpecer la simplificación en el desarrollo de los procesos judiciales. La simplificación también puede relacionarse con la necesaria modernización a la que se encuentran sujetos los componentes del Estado, principalmente si este llega a erigirse como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social.

El desarrollo de la tecnología y el internet, así como la globalización de la economía y el constante movimiento de las inversiones entre los diversos países, son elementos que están relacionados con la administración de justicia. Los elementos presentes en el panorama mundial actual, promueve en el marco de la justicia nuevas exigencias, como el desempeño de la misma desde un ámbito de protagonismo en los

¹¹³ GARCÍA, A. “Temas procesales”. *Revista del Centro de Estudios del Derecho*. septiembre-octubre 2011, pp. 54-60.

planes de gobierno promulgados por los Estados y la viabilidad de las acciones en torno a la modernización de los mismos.

La aplicación de una justicia simplificada y eficiente, denotan la implementación de un nuevo esquema que obliga a los gobiernos a destinar una mayor cantidad de recursos económicos hacia el funcionamiento y desarrollo del sistema de justicia, lo que llega a promover el empleo de instrumentos tecnológicos novedosos, así como mecanismos de obtención de información que puedan facilitar la labor de los operadores y órganos de administración de justicia. Es necesario señalar que el mejoramiento de la administración de justicia está relacionado con el fortalecimiento del contenido de diferentes tratados y convenios internacionales, principalmente aquellos relacionados a los derechos humanos, cuya implementación se vincula directamente a los derechos de los niños y adolescentes.

II. Uniformidad:

La uniformidad dentro del sistema procesal y específicamente en la aplicación de la justicia en asuntos vinculados a la niñez y adolescencia responde al mandato implícito en la normativa constitucional. Ello se traduce en la prevención que las leyes procesales deberán consagrar para la ejecución de un proceso uniforme. El proceso judicial, en el ámbito del derecho, alcanza a representar un todo, es decir una sola unidad por medio de la cual se llega brindar determinada solución a las cuestiones de índole contenciosa. La actividad procesal debe ser realizada de forma organizada y regular, de tal manera que cada diligencia existente en el proceso le corresponda un procedimiento especial y único, lo cual estará relacionado a su naturaleza y el objetivo que se persigue, así como la correcta materialización de las excepciones que llegan a establecerse en la propia norma legal¹¹⁴.

III. Eficacia:

En el proceso judicial, los sujetos, o también conocidos como partes procesales deben hacer prevalecer el cumplimiento de los objetivos y finalidad inherente al acto

¹¹⁴ MARZÓN DÍAZ, Fabio. *Comentarios al Debido Proceso*. Editorial: 4ta edición, Temis. Bogotá, 2012, pp. 28-34.

procedimental. La prevalencia debe ser ejercida sobre aquellos formalismos que no incidan directamente en la validez del proceso, y no alcancen elementos trascendentales que interfieran con la decisión final, así como la no afectación de las garantías procesales, y la no materialización de estados de indefensión. A modo general la materialización del principio de eficacia procesal, en todos los supuestos, tiene como fin prevalecer sobre las formalidades que no sean esenciales, es decir que deberá ajustarse al ámbito normativo aplicable, así como su validez. Es así que la eficacia se convierte en una garantía para la correcta finalidad del proceso, y su satisfacción¹¹⁵.

IV. Inmediación:

En la doctrina jurídica el principio de inmediación ha tenido una importante acogida, ya que resulta ser un principio por medio del cual se trata de asegurar que tanto el magistrado como el tribunal tengan una estrecha vinculación con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso. Dicho vínculo se manifiesta en recibir de manera directa las alegaciones realizadas por las partes y las aportaciones de pruebas, con el propósito de que se pueda conocer cabalmente los aspectos relacionados a la causa procesal, cuya resolución estará marcada por la promulgación de la sentencia judicial correspondiente¹¹⁶.

La inmediación, como principio, promueve y exige la ejecución de una relación directa entre el juez, las partes y los elementos probatorios que el magistrado debe valorar, en aras de construir determinada convicción en el desarrollo del proceso. En el caso de que exista un intermediario, dentro del proceso, la convicción que debe formar el magistrado puede ser edificada bajo la influencia de los comunicados preparados por un tercero, ejemplo de ello son los auxiliares judiciales, o funcionarios, lo que se manifiesta en un incremento del margen de error en el entendimiento de todos aquellos factores que integran el proceso judicial.

¹¹⁵ FALLAS REDONDE, D. *El debido proceso*. Editorial: 2da edición, Dykinson, S.L. Madrid, 2011, pp. 45-51.

¹¹⁶ BUCIO ESTRADA, R. *Derecho Procesal Civil*. Editorial: 3era edición, Porrúa. México, D.F, 2016, pp. 103-111.

Este principio no solo resulta aplicable en los procesos orales, sino que puede ser combinado en todo tipo de proceso (oral, escrito y mixto). La manifestación de este principio es a través de la observación y conocimiento directo del juez, incluso su papel como participante en el proceso en determinadas ocasiones, respecto a aquellos hechos que le son presentados por escrito. No obstante, la inmediación tiene una trascendental importancia en el sistema procesal oral, ello se traduce en que todas las partes llegan a aportar sus alegaciones de hecho y los ofrecimientos de prueba, de una forma directa ante el magistrado, mediante lo cual se alcanza a gestionar una identificación física del juez. Al respecto en determinadas ocasiones se ha llegado a considerarse como viciada una tramitación en los casos de que el juez no la haya presenciado directamente¹¹⁷. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano este principio se ha desarrollado a cabalidad, puesto que se garantiza con su materialización que los actos judiciales cuenten con la presencia del magistrado, así como la guarda del debido proceso, las garantías y la tutela judicial efectiva.

V. Celeridad:

En la norma constitucional ecuatoriana, la celeridad procesal es uno de los principios reconocidos como parte del sistema procesal, mediante el cual se persigue alcanzar la optimización del servicio brindado en la administración de justicia. Este principio constitucional y procesal es significativo puesto que constituye la base principal en la que descansa el debido proceso y el funcionamiento de las garantías constitucionales emanadas de dicho principio. Opiniones vertidas en torno a la existencia del principio de celeridad han arrojado que: “(...) una justicia que tarde es injusta”¹¹⁸.

De esta forma la celeridad procesal, llega a estar representada en los quehaceres jurídicos por aquellas normas legales que imposibilitan la prolongación de plazos y erradican los trámites procesales considerados excesivos y costosos. Este principio también obliga a la administración pública a desarrollar sus objetivos destinados a la satisfacción de los intereses públicos, por medio de varios aparatos, y por la vía más

¹¹⁷ HITTERS, J. C. *El juicio oral en materia civil y mercantil*. Editorial: 2da edición, Heliasta. Buenos Aires, 2012, pp. 67-73.

¹¹⁸ SANTOS, A. D., Giménez, I. D.-P., & Torres, J. V. *Derecho Procesal Civil II- Parte Especial*. Editorial: Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2014

rápida y acertada, con el fin de evitar retrasos indebidos. La celeridad en su ejercicio llega a imponer ciertas exigencias, deberes y responsabilidades, que poseen un carácter permanente, en todas las instituciones públicas, cuyos elementos estas no pueden obviar en su funcionamiento¹¹⁹. A partir de la entrada en vigor de la nueva ley procesal, se persigue el cumplimiento pleno de este principio.

VI. Economía procesal:

Por medio de este principio se llega a obtener el máximo resultado posible con un mínimo de esfuerzo. La economía procesal como principio se refiere no solo a los actos procesales, sino a los gastos que estos conllevan. Se encuentra estrechamente relacionado con un conjunto de principios, a través de los cuales se consigue la economía procesal, algunos de ellos son el principio de concentración que radica en aglutinar todos los asuntos debatidos, es decir el mayor número de cuestiones con el propósito de ventilarlas en una cantidad de actuaciones reducidas y providencias¹²⁰.

Con el adecuado desarrollo del principio de economía procesal se evita que el proceso se desvíe hacia cuestiones accesorias que provoquen la suspensión de la actuación principal. Otros de los principios relacionados con este, son el de eventualidad y preclusión, ya que, en el caso de un estancamiento del proceso, una de las partes puede realizar diversos actos, ejecutados de forma simultánea y no sucesiva, es decir las actuaciones pueden ser ejecutadas en el mismo lapso de tiempo, y no atendiendo a un orden, asunto contribuye al ahorro de tiempo y por tanto de dinero.

En el caso de la celeridad y su repercusión en la manifestación del principio de economía procesal, se evidencia en que el proceso judicial llegue a concretarse en cada una de sus etapas esenciales, y que exista además la limitación a los términos establecidos en la norma legal. Aquí salen a relucir los plazos y términos adicionales, los cuales pueden ser descartados hacia determinada etapa, ejemplo de ello son los plazos complementarios al término principal, o aquellos plazos adicionales en cierta etapa del proceso, es decir las

¹¹⁹ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/ *Constitución de la República del Ecuador- CRE*.

¹²⁰ SANTOS, A. D., GIMÉNEZ, I. D.-P., & TORRES, J. V. *Derecho Procesal Civil II- Parte Especial...* op., cit., pp. 78-81.

prórrogas y las ampliaciones que pueden darse en el juicio. La norma de civil destinada a los procesos llega a reconocer ciertas limitaciones al establecimiento de prórrogas, además de que se le otorga al magistrado la facultad de señalar determinados términos, y fijar aquellos que son estrictamente necesarios, además de que el juez puede consagrar medios sencillos para poder notificar las respectivas providencias¹²¹.

Hasta aquí se han reflejado los principales principios reconocidos en la norma constitucional como principios que rigen el sistema procesal ecuatoriano. Se deben agregar otros principios procesales relacionados también con la materialización de la justicia en torno a la niñez y adolescencia, específicamente aquellos principios procesales inmersos en el juicio de alimentos. Al respecto uno de ellos es el principio dispositivo, el cual indica que la actividad del proceso, así como su desarrollo está sujeto a las partes procesales por medio de las peticiones.

El avance del proceso depende en gran medida de la actuación de las partes, esta línea es la principal fundamentación de dicho principio, tal dependencia se pone de manifiesto en la actuación de la parte actora que es la que da inicio al proceso, la cual tiene la facultad de desistir respecto a la pretensión base del tema central en que recae la disputa, y en caso de la parte demandada esta puede allanarse a las pretensiones formuladas por el actor, es decir que ambas partes procesales pueden acordar, someter y conllevar el litigio por medio de mecanismos alternativos en la resolución de los conflictos¹²². Bajo este principio dispositivo la actuación del juez puede limitarse a tomar una decisión con base a las pretensiones propuestas en la demanda, su contestación y la posible reconvencción a la misma, aunque en materia de alimentos la figura de la reconvencción queda explícitamente prohibida en la norma procesal ecuatoriana¹²³. La sujeción del juez a las partes en el juicio de alimentos siempre estará enfocada en el interés superior del menor.

¹²¹ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015/ *Código Orgánico General de Procesos- COGEP*.

¹²² GARCÍA SOLÁS, R. *Doctrina y Jurisprudencia Procesal Civil y Comercial*. Editorial: 2da edición, Juris. Rosario, 2017, pp. 47-52.

¹²³ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015/ *Código Orgánico General de Procesos- COGEP*.

El principio de legalidad está reflejado en el desarrollo del proceso judicial respecto a la fijación de alimentos a los menores de edad, ya que mediante el mismo se establece que no puede sancionarse a una persona que haya cometido alguna infracción si la ejecución previa de un procedimiento ya sea por la vía administrativa o jurisdiccional que corresponda. Otro de los principios es el de contradicción, que guarda una relación directa con el derecho de defensa, ya que a través de este se estipula la necesidad de la presencia de una dualidad de partes en el proceso, que llegan a sostener posiciones jurídicas opuestas entre sí. Algunos juristas han precisado que este principio puede ser denominado principio de bilateralidad de la audiencia, y que da lugar a la utilización del método contradictorio como el que resulta más conveniente para alcanzar a descubrir la verdad y la oportuna emisión de una sentencia justa. La imparcialidad es otro de los principios que existen en el juicio de alimentos, y se manifiesta en que la actuación de los jueces durante el desarrollo del proceso deberá ser imparcial, y se deberá respetar la igualdad de las partes ante la norma legal¹²⁴. Como parte del proceso judicial también se evidencia el principio de motivación, por medio del cual se obliga a los administradores de justicia a que fundamenten de manera correcta y conforme a derecho sus decisiones y actuaciones en el proceso¹²⁵. Por último, cabe señalar el principio de impugnación, que es el que brinda facultades a las partes que intervienen en el proceso a que puedan impugnar o establecer un recurso, contra las decisiones del magistrado, en el caso que dichos actos lleguen a perjudicar sus derechos, o en el caso de subsanar errores de hecho y derecho que se hayan generado en el desarrollo del proceso.

Acorde a doctrina y teoría desarrolladas sobre los principios en el derecho, estas dan a entender que los derechos fundamentales también constituyen principios y a su vez se convierten en mandatos de optimización, por lo que a través de los principios pueden ser brindadas determinadas explicaciones respecto a la naturaleza y los fines que persiguen los derechos fundamentales¹²⁶. Con relación a estas apreciaciones, hay que tener en cuenta que la labor ejecutada por el juez llega a poseer ciertos límites establecidos por los principios procesales, con el objetivo de que las decisiones emanadas del proceso

¹²⁴ Ver en referencias bibliográficas *Código Orgánico de la Función Judicial*, 2009.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ GARCÍA SOLÁS, R. *Doctrina y Jurisprudencia Procesal Civil y Comercial...* op., cit., pp. 61-66.

puedan ser controladas y cumplan con los derechos fundamentales que poseen las partes en el debido proceso.

Tanto las normas como los principios jurídicos deberán ser concordantes, aplicables y relacionados entre sí, por lo que no sería acertado a sostener que los principios cumplen exclusivamente una función auxiliar o supletoria, y que por lo tanto no tienen una autonomía frente a las normas legales. Hay que señalar que en el ámbito procesal un principio no llega a adecuarse a determinado hecho como lo hace una norma legal, pero el principio procesal brinda la dirección necesaria en el alcance de la adecuación de un hecho concreto a la propia norma, de tal forma que el principio no llega a contraponerse a la normativa jurídica, de tal forma para que se logre la aplicabilidad de los principios de forma adecuada, estos deberán actuar paralelamente con el imperativo implícito en la norma jurídica¹²⁷. Es así que, el interés superior del menor como principio está relacionado directamente con los principios aquí analizados que intervienen en la realización de la justicia para los menores de edad.

3.3. Proceso para solicitar alimentos en Ecuador

La solicitud de los alimentos llega a estar contemplada en el ordenamiento ecuatoriano, para lo cual son establecidos una serie de elementos. Uno de estos elementos es el proceso sumario, reconocido en el Código Orgánico General de Procesos, destinado como la principal vía judicial en la que se ventilan entre otros asuntos, los relacionados con la niñez y la adolescencia. Hay que tener en cuenta que la solicitud de alimentos y su respectiva asignación forzosa parten de la propia norma legal; la ley llega a establecer a qué personas se debe dar alimentos y quienes son los que deben cumplir con dicha obligación.

En el caso de la labor del juez en el proceso para solicitar alimentos, sus acciones están enmarcada en establecer el monto y la forma en que se va a desarrollar el pago de los alimentos, esto se debe a que el magistrado no crea el derecho de alimentos, sino que su tarea gira en torno a la determinación y efectivización de un derecho ya reconocido

¹²⁷ SANTOS, A. D., GIMÉNEZ, I. D.-P., & TORRES, J. V. *Derecho Procesal Civil II- Parte Especial...* op., cit., pp. 90-94.

por el ordenamiento jurídico. Como parte de las condiciones originarias que general la solicitud de alimentos se destaca la existencia de un estado de necesidad, antes mencionado, el cual, vale recalcar que surge por una carencia total o parcial de las herramientas económicas para que determinada persona pueda sustentar su vida, así como su posición en la sociedad. Dicho estado de necesidad surge fundamentalmente en niños y adolescentes, considerados un grupo vulnerable dentro de la sociedad, para ello algunos autores han llegado a establecer un vínculo directo entre la existencia de la obligación alimenticia y el estado de necesidad, considerando que:

“(…) El presupuesto de la relación Jurídica alimenticia legal, la circunstancia externa a ella que debe darse para que nazca y subsista la misma es, específicamente, el estado de necesidad. Por tal entenderemos, para algunas personas, el no tener absoluta o al menos suficientemente los medios económicos para subsistir, en forma modesta, de una manera correspondiente a su posición social; y para otras personas el no tener absoluta o suficientemente los medios para sustentar la vida”¹²⁸.

La condición del estado de necesidad y su respectiva verificación se encuentran sujetas a la convicción de que la persona no puede superar a través de medios propios dicha condición; es así que, por medio del interés superior del niño, se ha previsto que el estado de necesidad sea de una existencia perpetua para todos los menores de edad. Otro elemento que se identifica con el estado de necesidad es la condición social de la persona que recibe los alimentos, al respecto la norma civil ecuatoriana hace una distinción entre los alimentos congruos y aquellos catalogados como necesarios¹²⁹, por lo que dicha diferenciación no queda a cargo de la labor discrecional del juez y el respectivo establecimiento del estado de necesidad. Esta diferenciación contemplada en la normativa civil tiene su fundamentación en la preservación de la existencia, subsistencia e incluso la posición social del individuo acorde a las características y condición de vida del obligado y la persona que recibe los alimentos¹³⁰.

¹²⁸ MEDINA PABÓN, J. E. *Derecho Civil- Derecho de Familia*. Editorial: 2da edición, Universidad del Rosario. Bogotá, 2014, p. 76.

¹²⁹ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005/*Código Civil-CC*.

¹³⁰ *Ibidem*.

La utilización desmedida y exclusiva de la posición social en la fijación de la pensión alimenticia, a partir de la ejecución de la correspondiente solicitud de alimentos, no resultaría del todo acertado. La influencia de la posición social conllevaría a que no se ayude a un menor que se encuentra en estado de necesidad y que por ello exige alimentos, por otro lado, dicha posición podría ser empleada para cubrir determinados lujos o caprichos del obligado, dejando así a un lado la materialización del interés superior del menor, afectando la economía del demandado y su posición en la obligación alimentaria. La presencia de factores tales como el estado de necesidad, recursos económicos suficientes de la persona obligada a pagar alimentos, y la relación civil o filial existente entre el alimentante y el alimentado, no resultan ser del todo suficientes, por lo que la obligación civil derivada de la interposición de la solicitud de alimentos debe ser declarada por la respectiva resolución del juez, con el objetivo de que los alimentos puedan ser exigibles¹³¹.

En lo que respecta al proceso para solicitar alimentos en el Ecuador, su etapa de inicio está marcada por la facultad reconocida en la norma legal de ejecutar la pretensión relacionada con la prestación alimenticia, y si correspondiente desarrollo a través del proceso sumario¹³². El ejercicio de la facultad de solicitar alimentos en la vía judicial no requiere el auspicio de un abogado, por medio del cual se presente la demanda de alimentos, para ello existe un formulario, el cual es facilitado por el Consejo de la Judicatura¹³³.

La comparecencia sin asistencia legal en el proceso puede conllevar que se vulnere el derecho a la defensa, ya que en múltiples ocasiones cuando las partes comparecen sin el auspicio legal debido, incurrir en la solicitud de pretensiones que no tienen un sustento jurídico o que no guardan relación con el estado procesal de la causa, ello debido a que no se posee conocimiento técnico, por lo que dichos actos pueden ocasionar un perjuicio a las propias partes en el proceso. Otro elemento negativo a señalar sería que al comparecer una de las partes sin representación letrada, pues las notificaciones en torno

¹³¹ MEDINA PABÓN, J. E. *Derecho Civil- Derecho de Familia...* op., cit., pp. 81-84.

¹³² Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015/ *Código Orgánico General de Procesos- COGEP*.

¹³³ Ver en referencias bibliográficas *Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, 2009.

a las providencias no llegarían a tiempo, unido a la dificultad de cumplir con determinadas diligencias, ya que en ocasiones la citación no es revisada a tiempo.

El proceso para la solicitud de alimentos se inicia con la demanda, que constituye la acción o reclamación de los derechos por parte de la persona perjudicada, que puede ser ejercido por el representante legal de un menor o a través del ejercicio de sus propios derechos como adolescente, cuya demanda es presentada ante el juez correspondiente. En lo que respecta a los temas relacionados con la niñez y adolescencia la demanda puede ser presentada por escrito y en el domicilio de la persona que ostenta el derecho¹³⁴, además de la existencia del formulario que estableció el Consejo de la Judicatura, o sea, que en la actualidad ya no es indispensable redactar la demanda, sino que por medio de dicho formulario se reflejan los fundamentos de hecho y de derecho, y el resto de los requisitos que la norma legal exige.

En el marco de las implicaciones jurídicas derivadas de la demanda en materia de alimentos vale la pena destacar que, las pretensiones alimenticias corren desde la presentación de la demanda, acorde a lo estipulado en la norma legal¹³⁵. Dicha situación ha sido catalogada por algunos juristas como una posibilidad para que no se asegure el derecho de defensa del demandado, a consecuencia de la falta de conocimiento respecto a la fecha en que se encuentra debiendo las pensiones alimenticias. De esta manera en lo que se refiere al momento en que debe realizarse la respectiva liquidación de las pensiones alimenticias atrasadas, existe un panorama que evidencia una acumulación de dichas pensiones y que representa cifras económicas elevadas que el demandado debe abonar¹³⁶. El desarrollo del proceso de solicitud de alimentos en la actualidad procesal ecuatoriana se manifiesta a través de la ejecución de un proceso sumario, que agiliza todos los trámites a los que se enfrentan las partes en dicho procedimiento. La obligación de proporcionar alimentos tiene una existencia previa a la pretensión judicial de reclamar el derecho a la

¹³⁴ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015/ *Código Orgánico General de Procesos- COGEP*.

¹³⁵ Ver en referencias bibliográficas *Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, 2009.

¹³⁶ CEVALLOS ÁLVAREZ, P. *Manual de Teoría y Práctica del Derecho Procesal Civil Ecuatoriano: Derecho de Alimentos, Derecho de Filiación, Paternidad y Procedimiento Verbal y Sumario y Código Orgánico de La Niñez y Adolescencia (Reformado)*... op., cit., pp. 78-81.

alimentación, la cual llega a ser conocida por el demandado y declarada en la resolución judicial emitida por el magistrado.

La etapa de resolución del proceso de solicitud de alimentos tiene como característica principal el desarrollo de una audiencia única¹³⁷, la cual es conducida por el magistrado, y en un periodo de tiempo inferior al estipulado para los procesos sumarios. En lo que respecta a la actuación del magistrado se pone de manifiesto el principio de inmediación en materia procesal, ya que el juez es el que guiará la audiencia hasta dictar la resolución respectiva, la cual debe ajustarse a los hechos y ser conforme a derecho¹³⁸. Algunos de los inconvenientes han sido señalados en relación a la ejecución de una única audiencia entre los que se destacan, la dificultad en la que puede verse el juez de resolver el conflicto inmediatamente después de haber terminado la audiencia, ya que podrían ser desarrolladas valoraciones inadecuadas sobre las pruebas aportadas por las partes en el proceso, debido a la carencia de un tiempo prudencial, y así no poder ejecutar un análisis minucioso y adecuado, que puede llegar a afectar los derechos de las partes e incluso el interés superior del menor, a lo que puede ser agregado la concurrencia de una serie de violaciones al debido proceso¹³⁹.

Con respecto a la valoración de la prueba, se puede decir que, en todo proceso judicial se deben valorar y apreciar de manera adecuada aquellas pruebas inmersas en el juicio, para lo cual debe ser tomado como base la sana crítica y la adecuada reflexión acorde a la fuerza de convicción, admisibilidad y eficacia presentes en la actuación del juez. Esto significa que el magistrado en su labor no solo debe remitirse a los preceptos del derecho positivo para apreciar las pruebas dentro del proceso. Las resoluciones emitidas sobre el derecho a la alimentación en niños y adolescentes tienen su base principal en las pruebas que demuestren los ingresos económicos y las cargas familiares de la persona obligada en el pago de la pensión alimenticia¹⁴⁰. En lo que se refiere a la existencia de

¹³⁷ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015/ *Código Orgánico General de Procesos- COGEP*.

¹³⁸ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/ *Constitución de la República del Ecuador- CRE*.

¹³⁹ CEVALLOS ÁLVAREZ, P. *Manual de Teoría y Práctica del Derecho Procesal Civil Ecuatoriano: Derecho de Alimentos, Derecho de Filiación, Paternidad y Procedimiento Verbal y Sumario y Código Orgánico de La Niñez y Adolescencia (Reformado)*... op., cit., pp. 90-92.

¹⁴⁰ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015/ *Código Orgánico General de Procesos- COGEP*.

cargas familiares sobre el demandado en el proceso, estas hacen referencia a los gastos y circunstancias que debe soportar el demandado en relación a otros familiares cercanos, elementos que deben ser tomados en cuenta en el momento de establecer la pensión alimenticia, ya que la materialización de esta pretensión no puede ir en detrimento de la subsistencia y derechos de terceras personas, principalmente cuando existen otros menores que también le es aplicado el principio de interés superior del niño. Sobre este tema en la doctrina jurídica se ha llegado a afirmar que:

“En la tasación de los alimentos no sólo se deben tomar siempre en consideración las facultades del deudor, sino también sus circunstancias domésticas, es decir, los gastos y cargas que éste tenga que soportar para la satisfacción de sus propias necesidades y las de su familia. Esos gastos y cargas deben valorarse en relación con la situación social actual del alimentante y los miembros de su familia que forman el hogar común”.¹⁴¹

En la norma procesal civil ecuatoriana vigente, se reconoce que la carga de la prueba recae en el demandado específicamente en lo relacionado a los ingresos¹⁴², y la labor del magistrado está enfocada, principalmente en la aplicación de la tabla de pensiones alimenticias, en base a los ingresos económicos y cargas económicas familiares. Esta actuación puede no llegar a contemplar otras circunstancias que pueden perjudicar tanto al alimentante como al alimentado. Las pruebas también pueden contribuir en demostrar que el demandado no tiene ingresos que sean suficientes, unido a la existencia de cargas familiares bajo su responsabilidad. Hay que destacar que en lo que se refiere a las cargas familiares, a modo general la actuación de los jueces solo ha estado dirigida a determinar la cantidad de hijos que posee el demandado, y no llegar a ser tomados en cuenta otros elementos que también constituyen cargas de este tipo como el cuidado de un adulto mayor o el pago de pensión alimenticia a un excónyuge¹⁴³.

¹⁴¹ CABRERA VÉLEZ, J. P. *Interés Superior del Niño...* op., cit., p. 48.

¹⁴² Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015/ *Código Orgánico General de Procesos- COGEP*.

¹⁴³ Ver en referencias bibliográficas *Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*.

Se debe agregar que en la audiencia cuando las partes no son capaces de alcanzar un acuerdo sobre la cuantía de la pensión alimenticia, la principal responsabilidad en torno a dicho asunto la posee el juez, que deberá fijar la cuantía acorde a las pruebas aportadas¹⁴⁴ y los parámetros establecidos en la tabla de pensiones alimenticias. Resultaría acertado mencionar que la responsabilidad en el derecho de alimentación recae en ambos progenitores, en igualdad de condiciones, pero pueden darse situaciones que imposibiliten a uno de ellos en el cumplimiento de dicha obligación, por lo que el otro progenitor si posee una situación económica favorable deberá cumplir con la obligación alimenticia a cabalidad. De ahí que, sea necesario que el desarrollo del cumplimiento del derecho a la alimentación se ejecute por medio de un proceso judicial acelerado, en el que deben plantearse y hacerse efectivas las garantías constitucionales y el debido proceso, tanto para las partes procesales como para aquellos que ostentan la responsabilidad de administrar justicia.

Como elemento suscitado dentro del proceso sumario de alimentos, se encuentra el alegato. El mismo constituye el pronunciamiento oral realizado por la defensa, en el que se exponen los argumentos fácticos y jurídicos, y además puede llegarse a negar la validez de los argumentos de la parte actora en el proceso. El alegato no es otra cosa que la formulación y pedido que se ejecuta para conseguir un resultado favorable, teniendo como base las pruebas presentadas y practicadas durante la audiencia única. Posteriormente para dar fin a la causa que generó el proceso el juez dicta la resolución correspondiente, cuyo fundamento se encuentra en la prueba incorporada y actuada en el desarrollo del proceso. La resolución que en este tipo de procesos se emite puede ser apelable cuando poseen un efecto no suspensivo¹⁴⁵.

3.4. Extinción de la obligación alimenticia

En el ámbito del derecho todas las cuestiones que lo integran o se encuentran relacionados al mismo deben poseer límites reales, con el propósito de que se cumpla el principio de seguridad jurídica, entre cuyos límites se destaca la extinción. En lo referente

¹⁴⁴ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005/*Código Civil-CC*.

¹⁴⁵ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015/ *Código Orgánico General de Procesos- COGEP*.

a la extinción su definición desde el ámbito del derecho está enmarcada en catalogarla como:

“(…) cese, cesación, término, conclusión, desaparición de una persona, cosa, situación o relación y, a veces, de sus defectos y consecuencias también. De acciones: Toda causa que las anula o la toma ineficaz, por carecer el acto de derecho para entablarlas. De Derechos: Hecho de que cesen o acaben, ya por haberlos satisfecho, por haberlos abandonado o renunciado o por no ser ya legalmente exigibles”.¹⁴⁶

A partir de dicha definición se puede decir que la extinción constituye la desaparición definitiva de algo, sea cosa, persona u obligación. Cuando se afirma que la extinción es algo definitivo, se llega a afirmar que la desaparición es para siempre. En el caso concreto del tema que interesa, o sea, la extinción de la obligación alimenticia, la norma legal aborda este asunto refiriéndose a la caducidad del derecho, para lo cual establece una serie de causales¹⁴⁷, las cuales son:

1. Por la muerte del titular del derecho.
2. Por la muerte de todos los obligados al pago.
3. Por haber desaparecido todas las circunstancias que generaban el derecho al pago de alimentos según la norma legal.

Como bien se contempla en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, son tres las causas por las que se termina el derecho de alimentos al beneficiado. La primera de ellas es la muerte del titular del derecho, o sea, el menor de edad es el que recibe el beneficio a partir de la pensión de alimentos, por lo que con su muerte dicho beneficio no existe más, y por tanto la obligación desaparece. Con la materialización de esta primera causal, desaparecen todos aquellos derechos que le asisten a la persona, incluido el derecho a la alimentación.

¹⁴⁶ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial: Heliasta. Buenos Aires, 2014, p. 177.

¹⁴⁷ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003/*Código de la Niñez y Adolescencia- CNA*.

El segundo factor que contribuye a la extinción de la obligación alimenticia es la muerte de todas las personas obligadas al pago de la prestación alimenticia, es decir, que se refiere al deceso del obligado principal, que son el padre y la madre, así como de los obligados subsidiarios que son los abuelos, hermanos, tíos. La última causal que define la extinción de este tipo de obligación, es la desaparición de las condiciones que respaldaban el pago de alimentos, cuya fundamentación la brinda la propia ley, ejemplo de ello es la existencia del estado de necesidad del niño o adolescente, y que ello desaparezca a partir de que sean generadas otras condiciones por las que pueda tener una vida digna y lograr sobrevivir, otra situación sería la prestación de los alimentos por el hecho de que la persona se encuentre estudiando, por lo que la prestación podría ser eliminada si el individuo dejara de realizar dicha actividad, y también sería una posibilidad que la discapacidad a partir de la cual se otorgó el derecho de alimentación hubiera desaparecido; estos son solo algunos ejemplos de situaciones que podrían influir en la extinción de la obligación alimenticia.

Ahora bien, en el Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, en el artículo destinado a la caducidad del derecho de alimentación, y por tanto a la extinción de este tipo de obligación, no llega a contemplar la terminación del derecho de alimentación del beneficiario cuando este adquiere obligaciones como progenitor, o sea, cuando el beneficiario de una pensión alimenticia se transforma en el obligado principal en una relación jurídica de alimentos. Habría que decir también, que esta última situación debería ser tomada en cuenta por la norma legal ya que Ecuador es un país donde existe un alto índice de embarazos en la adolescencia, lo que denota el largo camino que falta por recorrer en materia de educación sexual a los adolescentes, cuyos adolescentes poseen altos índices de irresponsabilidad en cuanto a su vida reproductiva.

El embarazo en la adolescencia conlleva a que se deba asumir el papel de padre en una etapa temprana de la vida de la persona, cuando realmente son otras las proyecciones, cambios y responsabilidades que deberían ser enfrentados. La norma legal reconoce como una de las principales responsabilidades de los progenitores la obligación de proteger a sus hijos y brindarles una vida adecuada, a partir del reconocimiento u cumplimiento de

una serie de factores, en los que se destaca el derecho a la alimentación, aspecto que puede sufrir graves daños si se fomenta y no se logra prevenir este tipo de situaciones¹⁴⁸.

4. Las pensiones alimenticias en Ecuador

4.1. Sustento jurídico de las pensiones alimenticias

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la pensión alimenticia, tiene un campo de regulación bastante amplio, que se evidencia desde su reconocimiento en la norma constitucional hasta su regulación en las leyes ordinarias. Antes de analizar el sustento jurídico de la pensión alimenticia hay que destacar su conceptualización, por lo que acorde a lo estipulado en la doctrina jurídica, esta es considerada como:

“Cantidad periódica, mensual o anual, que el Estado concede a determinadas personas por méritos o servicios propios o de alguna persona de su familia. Cantidad que, por disposición convencional, testamentaria, legal o judicial, ha de pasar una persona a otro, o a su representante legal, a fin de que pueda alimentarse y cumplir otros fines esenciales de la existencia o especialmente dispuestos”¹⁴⁹.

Otra definición de la pensión alimenticia es la brindada por el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, al catalogarla como: “(...) La que determinados parientes tienen que pasar a otros para su subsistencia”¹⁵⁰. De ambos conceptos se puede decir que la pensión alimenticia es el monto periódico en dinero, especies u en otra forma, que debe ser pagado por los progenitores a sus hijos, principalmente en aquellas situaciones en que existe un conflicto entre los padres y es necesario regular la manutención a los menores de edad.

¹⁴⁸ Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/ *Constitución de la República del Ecuador- CRE*, Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

¹⁴⁹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental...* op., cit., p. 321.

¹⁵⁰ OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial: Datascan. Ciudad de Guatemala, 2010, p. 713.

En lo que respecta al texto constitucional vigente el derecho a la alimentación está estipulado en una serie sus preceptos de manera explícita y que poseen una gran relevancia, ya que repercute en todo el ordenamiento jurídico. Cabe señalar que dicha inclusión fue a partir de labor de promoción y trabajo realizados por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), en torno al reconocimiento constitucional del derecho a la alimentación, para así estimular un mayor desarrollo de este derecho en cada país.

De esta manera en el Art. 66 de la Constitución vigente se reconoce que los principales derechos relacionados al ejercicio de la libertad, tal es el caso del numeral dos en el que se reconoce: “El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios”¹⁵¹. Como principal disposición relacionada con el derecho a la alimentación se encuentra el Art. 13 del texto constitucional, el cual se consagra como: “Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales. El Estado ecuatoriano promoverá la soberanía alimentaria”¹⁵². En este artículo se puede apreciar que el derecho a la alimentación es tomado en cuenta como un asunto de Estado y además es considerado como un derecho soberano.

En el marco de la familia la norma constitucional plantea igualdad de derechos entre los hijos sin mediar los antecedentes de filiación o adopción¹⁵³, esto incluye el derecho a la alimentación. A partir de este precepto constitucional se pone de manifiesto que la legislación ecuatoriana se caracteriza por hacer hincapié en el derecho de protección en el ámbito familiar, principalmente en uno de sus miembros los menores de edad. Al respecto se llega a reconocer que los hijos son aquellos menores que llegan a ser reconocidos por sus progenitores, sin hacer distinción entre hijos biológicos y adoptados, cuyo propósito es brindarles la máxima protección posible en aras de garantizarle una

¹⁵¹ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/ *Constitución de la República del Ecuador- CRE*.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ *Ibidem*.

calidad de vida adecuada, a través del cumplimiento de las responsabilidades de cada progenitor. Todos los preceptos constitucionales que reconocen los derechos de los menores de edad y específicamente el derecho a la alimentación constituyen los pilares fundamentales para el adecuado desarrollo del sustento jurídico de la pensión alimenticia en el ordenamiento legal ecuatoriano.

Ahora bien, la ley ordinaria en materia civil contempla el cumplimiento de la pensión alimenticia, específicamente en su Título XVI “De los Alimentos que se deben por Ley a ciertas Personas”. En dicho título se reconoce que el cónyuge, o sea tanto el esposo como la esposa, tendrán el derecho de demandar alimentos cuando se enfrenten a un estado de necesidad, principalmente provocado a partir de la actuación descuidada del demandado en lo que se refiere a las necesidades del hogar, así como la materialización de acciones de abandono¹⁵⁴.

Otro de los reconocidos por el Código civil, a los que se le debe brindar alimentos son los hijos. La estipulación y cumplimiento de la pensión alimenticia, está enmarcada en aquellas situaciones en donde se presenta un juicio de divorcio, para lo cual es establecida una pensión a los menores que quedan bajo el amparo o tutela jurídica, designada por el juez en el proceso. En estos casos principalmente el menor queda bajo el cuidado de la madre, y la pensión alimenticia es determinada a partir de una tabla específica denominada tabla de pensiones alimenticias y además de tomar en cuenta el status económico del demandado¹⁵⁵. La norma civil también estipula el derecho a la alimentación entre los descendientes, cuando el obligado principal en el cumplimiento de la pensión alimenticia no pueda afrontar dicha responsabilidad.

En el caso específico de los padres, la prestación alimenticia no solo está estipulada como una responsabilidad de estos hacia sus hijos, sino que los hijos también poseen la responsabilidad moral de asistir a sus padres cuando lo necesiten. Para los ascendientes, a modo general, el derecho a la alimentación se pone de manifiesto como una obligación de asistir a los abuelos y padres cuando se encuentran en estado de necesidad o no posean a nadie que pueda ayudarlos. En relación con los hermanos, la

¹⁵⁴ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005/*Código Civil- CC*.

¹⁵⁵ *Ibidem*

prestación de alimentos está reflejada para aquellas situaciones en las que estos sujetos presenten un estado de discapacidad, sea esta física o mental, lo cual le imposibilite a valerse por medios propios¹⁵⁶.

Conforme a la normativa civil se reconoce una división de la prestación alimenticia, para lo cual los alimentos son divididos en congruos y necesarios. Los primeros, como bien se mencionó con anterioridad, son los que habilitan a la persona alimentada para poder desarrollar una vida modesta, acorde con la posición social que lleva, esto es lo que la norma civil considera. La calificación dada a los alimentos como congruos está relacionada con lo que resulta adecuado, bastante y suficiente, se refiere a los alimentos que la persona demandada pasa a los hijos una pensión alimenticia que les permita tener una vida cómoda, sin mediar necesidades y privaciones. Respecto a este tipo de alimentos se ha reconocido que está asociado a personas que poseen un estatus de vida acomodado, ejemplo de ello es la clase media y la clase social alta. La asignación de los alimentos congruos está reconocida en la norma civil¹⁵⁷.

Cuando la norma civil menciona a los alimentos necesarios, estos son los que se le brinda al otro cónyuge o los hijos, destinados a sustentar su vida. Son los alimentos catalogados como básicos, a través de los cuales los hijos puedan solventar sus necesidades y no se mueran de hambre. No obstante, a la distinción que la norma civil hace en torno a los alimentos y su proporción, estos comprenden la obligación de proporcionar a la persona menor de dieciocho años alimentos, además son establecidas las pautas que regulan la materialización del derecho a la alimentación, entre las que se encuentran que dicho derecho no puede ser transmitido por causa de muerte, ni ser vendido o cedido, así como tampoco se podrá renunciar a dicho derecho¹⁵⁸, ello responde directamente a lo establecido en la norma constitucional sobre el ejercicio de los principios y los derechos¹⁵⁹.

¹⁵⁶ *Ibidem.*

¹⁵⁷ *Ibidem.*

¹⁵⁸ *Ibidem.*

¹⁵⁹ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/ *Constitución de la República.*

La ley también contempla límites ante el cumplimiento de la prestación de alimentos, tal es el caso de que en el proceso judicial donde son ventilados los temas relacionados a la pensión alimenticia, la obligación de brindar los alimentos no puede ser interpuesta al demandante, como una compensación ante posibles deudas que el actor mantenga con la persona demandada¹⁶⁰. Este límite tiene como objetivo el reconocimiento del derecho a la alimentación en el ámbito jurídico, como un derecho básico e indispensable para el desarrollo de un sistema de vida que responda a lo considerado en norma constitucional como derechos del Buen Vivir¹⁶¹.

Habría que decir también que los derechos de los menores de edad, y específicamente el derecho de la alimentación y el cumplimiento de las prestaciones vinculadas a dicho derecho encuentran un sustento legal en el Código de la Niñez y la Adolescencia el cual posee los principales principios estipulados en la Convención de los Derechos del Niño, y de la Constitución nacional vigente. Este código, en su Libro II, Título V, abarca el derecho de alimentos. en uno de sus artículos reconoce el derecho que poseen los niños y adolescentes¹⁶², así como las personas adultas reconocidas como titulares de derechos en el ordenamiento jurídico del país.

El Código de la Niñez y la Adolescencia también reconoce la aplicación de los preceptos legales del Código civil en materia de alimentos. Se estipula el carácter natural que poseen los alimentos respecto a la relación paterno-filial, acorde a lo planteado en la norma constitucional en la cual se plantea el deber de alimentar y cuidar a los hijos, por parte de los progenitores. La norma en materia de la niñez y a la adolescencia vincula el derecho a la alimentación a los derechos de supervivencia y el alcance de una vida digna, lo que conlleva a fijar como garantía el accionar de los progenitores en aras de proporcionar a sus hijos los recursos que cubran sus necesidades básicas, establecidas en la propia ley¹⁶³.

¹⁶⁰ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005/ *Código Civil- CC*.

¹⁶¹ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/ *Constitución de la República- CRE*.

¹⁶² Ver en referencias bibliográficas Congreso Nacional. *Código de la Niñez y Adolescencia- CNA*.

¹⁶³ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003/ *Código de la Niñez y Adolescencia- CNA*.

Estas normas aquí mencionadas constituyen el principal sustento jurídico de la prestación alimenticia dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. En ellas se llegan a reflejar los derechos de la infancia y adolescencia reconocidos en los instrumentos internacionales, además de que la norma procesal civil establece el procedimiento sumario para ventilar todo lo referente en materia de alimentos, cuyo procedimiento ya fue analizado con anterioridad.

4.2. La pensión alimenticia atrasada

El retraso en los pagos de las pensiones alimenticias es una situación de la que no se encuentra exenta la realidad procesal ecuatoriana. En la actualidad aún persisten altos índices en el retraso del pago de las pensiones alimenticias¹⁶⁴. Este atraso contribuye a la vulneración de los derechos del menor o adolescente, y tiene repercusiones desde el ámbito legal y económico para la persona obligada. En el marco de la ley y la jurisprudencia se ha tratado a la pensión alimenticia atrasada, como una deuda legal, derivada de las pautas jurídicas que establecen el cumplimiento de la obligación alimentaria con el propósito de asegurar la subsistencia de las personas.

Esta deuda legal de alimentos tiene diversos caracteres, el primero está relacionado con considerarla como personalísima. En este caso sola la persona que se encuentra en la situación de parentesco y posee una necesidad objetiva, puede reclamar el derecho. El hecho de que la obligación alimentaria nazca de una relación de parentesco, se le atribuye un carácter personalísimo, esto implica que no debe ser objeto de transmisión, ni se puede materializar una acción subrogatoria, o que tampoco sean aplicadas acciones de embargo. La ejecución de esta deuda legal solo corre a cargo de la persona que posee la condición de alimentista o su representante legal.

El pago de la pensión alimenticia atrasada resulta ser imprescriptible, o sea el derecho que le asiste al acreedor de cobrar la pensión no prescribe. A partir del momento en que surge la situación de necesidad, la persona tiene el derecho de reclamar el

¹⁶⁴ En el año 2015 se contabilizaron en el Ecuador 182 640 juicios por pensiones alimenticias y de estos 821 padres están en prisión; obtenido del Periódico Nacional El Comercio, “Deudores de alimentos tendrán alternativas para no ir a la cárcel” del 10 de enero de 2016. Obtenido de: <http://www.elcomercio.com/actualidad/pensionescarcel-brazaleteelectronico-padres-deudas.html>

cumplimiento de la pensión alimentaria, así como su respectivo atraso. Se puede decir también que la deuda alimenticia es recíproca, esto no implica que la persona obligada a dar alimentos pueda recibirlos al mismo tiempo, sino que, en un futuro, dicha persona puede convertirse en el alimentista. Otra característica por señalar es la relatividad que posee la deuda alimenticia. Esto se manifiesta en el importe de esta, el cual depende de la situación y las necesidades que la persona que reciba los alimentos y del sujeto obligado.

En el caso específico del Ecuador el pago de las pensiones alimenticias en el ámbito monetario está regido por un Sistema Único de Pensiones Alimenticias (SUPA), por medio del cual se llega a garantizar un adecuado proceso de recaudación y el pago de las pensiones alimenticias¹⁶⁵. El SUPA es controlado por el Consejo de la Judicatura, el cual emitió la norma legal para su funcionamiento y reglamentación¹⁶⁶. Este sistema se encuentra dirigido para todos los usuarios de la administración de justicia, e influye directamente en las pensiones alimenticias atrasada y su respectivo pago, ya que por medio del SUPA se calcula de forma automática los intereses respectivos a cada día de atraso en el pago de dicha pensión. El cálculo de los intereses para el pago de una pensión alimenticia atrasada se basa en los montos económicos establecidos por el Banco Central del Ecuador¹⁶⁷. Todos estos cálculos tienen como base fundamental la pensión alimenticia establecida en la resolución emitida por el juez en el correspondiente proceso judicial de fijación de alimentos.

Otro elemento que señalar que caracteriza a las pensiones alimenticias atrasadas, es que las mismas pueden variar, o sea, el importe de la obligación puede ser modificado o variar si las circunstancias cambian, estas circunstancias deberán ser sobrevenidas. Las situaciones que posibilitarán la variación del importe de la deuda alimenticia no pueden existir en el momento en que la pensión es fijada por un juez. Normalmente en el país esta modificación es excepcional ya que los montos son fijados en relación a la cantidad de hijos que posee el obligado y sus respectivos ingresos económicos, además de la

¹⁶⁵ El principal propósito de la creación del SUPA fue la generación automática de las obligaciones mensuales para el adecuado pago de las pensiones alimenticias, respecto a las personas beneficiadas, cuyo pago se tributa directamente en sus cuentas bancarias personales, pertenecientes al sistema financiero nacional.

¹⁶⁶ Ver en referencias bibliográficas *Resolución No. 198/2015 Reglamento del Sistema Integral de Pensiones Alimenticias de la Función Judicial*.

¹⁶⁷ *Ibídem*.

existencia de una tabla de pensiones alimenticias que es tomada como base para fijar los montos de las pensiones, por lo que si el obligado contrajera nuevas responsabilidades, ejemplo de ello es la existencia de otro hijo, la modificación de la pensión o de la deuda alimenticia será acorde a los parámetros de dicha tabla.

Otro elemento que mencionar sería que la pensión alimenticia no es solidaria. Esto significa que, si existen varias personas obligadas a dar alimentos, no llega a establecerse un régimen de solidaridad, ya que una persona no puede abarcar todas las obligaciones, sino que esta es distribuida entre los diferentes sujetos obligados, para lo cual es tomado en consideración sus respectivos recursos. En el supuesto de las consecuencias jurídicas que se relacionan con la existencia de pensiones alimenticias atrasadas, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano son establecidas una serie de medidas ante el incumplimiento del alimentante, que abarca desde medidas coercitivas hasta la privación de libertad, esta sanción no es aplicada a las personas subsidiarias en la relación jurídica obligatoria de alimentos¹⁶⁸.

4.3. Formas de pago de la pensión alimenticia

Los alimentos, y su cumplimiento, se relacionan a modo general con la ejecución de un sistema de pensiones continuas, mesadas anticipadas y periódicas, que pueden ser en dinero efectivo o usufructo. El principal mecanismo estipulado en la práctica para que se haga efectivo el pago de las pensiones alimenticias resultan ser las transferencias bancarias hacia las cuentas de aquellas personas que tiene al menor bajo su cuidado¹⁶⁹, aunque también se desarrollan las prestaciones directas.

Como bien se analizó con anterioridad el pago por medio del sistema bancario en el país está sujeto al funcionamiento del SUPA, con el objetivo de que el pago de las pensiones alimenticias se haga de una forma correcta. El pago de estas pensiones también está reflejado en la normativa civil en que se establece que el pago de los alimentos es debido a partir de la interposición de la primera demanda y su ejecución se realizará a

¹⁶⁸ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 206 de 22 de mayo de 2015/ *Código Orgánico General de Procesos- COGEP*.

¹⁶⁹ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003/*Código de la Niñez y Adolescencia- CNA*.

través mesadas anticipadas¹⁷⁰. El propósito que encierra este precepto legal es que el pago de las pensiones alimenticias de forma anticipada, contribuyan a que el beneficiario del derecho puede percibir la ayuda para que logre subsistir. Caso contrario, la persona beneficiada no pudiera llevar una vida digna si las prestaciones fueran pagadas a futuro, más si el estado de necesidad que existe lo vive día a día.

En el proceso judicial donde son fijadas las pensiones alimenticias y su respectivo pago, no resulta común que este tipo de pensiones sean en especie, usufructo, uso o habitación en los bienes del obligado a favor del alimentado, ejemplo de esto último sería que el alimentante reciba en su casa al alimentario, lo cual constituye un derecho de uso materializado en beneficio del alimentario respecto a los bienes del alimentante. A pesar del poco uso que se les da en la práctica jurídica, las diversas formas en cuanto al pago de las pensiones alimenticias que se acogen en la normativa civil ecuatoriana responden a un sistema variado que el propio legislador ha tratado de brindar. Dicha variedad contribuye a brindarle al alimentante una mayor facilidad en el cumplimiento de la obligación alimenticia.

La primera variante en cuanto al pago resulta ser la más usada ya que se dispone una suma mensual de dinero para cubrir las necesidades en cuanto alimentación, y bajo los otros mecanismos descritos, se abre una alternativa en la que los alimentos son pagados por medio del depósito de una suma de dinero derivada de la constitución del usufructo, uso, habitación, pensión arrendataria u otro mecanismo similar. Respecto a dichas alternativas se puede agregar que llegan a ser prácticas, ya que pueden darse determinados casos en que el alimentante no cuenta con el dinero efectivo para cumplir con la obligación alimenticia, y posee otros instrumentos por medio de los cuales pueda satisfacer esa obligación.

A partir de la actuación del juez en el proceso judicial de alimentos, y las ordenes emitidas por el mismo el pago de las pensiones alimenticias puede ser realizado en especies, ejemplo de ello son los víveres, la ropa, asistencia médica, comida, o mercadería para su comercialización. Esta alternativa del pago de las pensiones alimenticias en especie tiene poco uso en la práctica jurídica, ya que posee una alta dificultad en el

¹⁷⁰ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005/ *Código Civil- CC*.

cumplimiento y mecanismos que deben ser implementados para poder controlar y medir esta forma de pago. Por otro lado, en el caso de que la persona obligada se encuentra en cumplimiento de un apremio personal, el pago en especie de la pensión alimenticia puede ser una alternativa ante los problemas que pueden darse para pagar en efectivo dicha pensión.

Cuando el juez determine mediante la resolución correspondiente que las pensiones alimenticias lleguen a ser canceladas a través de la constitución del usufructo, uso o habitación, la resolución judicial deberá tener implícito la prohibición de enajenar los bienes del obligado que serán empleados para fijar este modo de pago de la pensión alimenticia. En este actuar queda reflejado en interés superior del menor, el cual queda respaldado con la inscripción de dicha resolución en el Registro de la Propiedad correspondiente, y acorde a los fines establecidos en la norma legal. El magistrado en todo este proceso deberá exigir la documentación respectiva para comprobar que el bien relacionado al cumplimiento de la pensión alimenticia no se encuentra sujeto a ningún gravamen (embargo, prohibición de enajenar, anticresis), caso contrario esto puede llegar a afectar el pago de la pensión.

Durante el proceso de fijación de alimentos pueden desarrollarse acciones por la parte actora en las que se solicite los frutos obtenidos a partir de los bienes que posee el demandado; el objetivo es que estas ganancias sean dadas al alimentado. Las pretensiones de este tipo en su mayoría no llegan a constituir la primera opción del juez, ya que este primero trabaja en aras de verificar si el demandado puede cumplir con el pago de la pensión alimenticia por medio de un monto monetario determinado, además para el magistrado resulta complejo la determinación cuantitativa de los frutos o el uso del bien, con el fin de que esto lograra satisfacer el derecho de alimentos. Incluso las ganancias obtenidas por el uso del bien de la persona demandada pueden sobrepasar las necesidades reales del demandante.

Hasta aquí se han expuesto los principales mecanismos reconocidos en la norma jurídica ecuatoriana para efectuar el pago de las pensiones alimenticias. La más usada resulta ser la fijación del pago de la pensión alimenticia acorde a la tabla de pensiones alimenticias y su ejecución responde directamente al SUPA, sistema por medio del cual se controla el correcto pago de estas pensiones. La práctica ha evidenciado que el pago

en dinero resulta ser una de las mejores vías para cumplir con la obligación alimentaria, convirtiéndose en una obligación líquida que puede ser cobrar sin mayor dificultad y con celeridad. El resto de los mecanismos para ejecutar el pago de estas pensiones denotan un carácter menos restrictivo de la norma legal, lo que le brinda otras posibilidades al demandado en cuanto al cumplimiento de la obligación alimentaria.

4.4. Mecanismos estatales para el aseguramiento del pago de alimentos

El aseguramiento del pago de la pensión alimenticia se encuentra asociado con diversos mecanismos estatales erigidos en ley y fijados en el desarrollo del proceso judicial. Estos mecanismos estatales se encuentran reflejados en la aplicación de medidas cautelares y coercitivas destinados al aseguramiento del pago de las pensiones alimenticias, y en el funcionamiento del SUPA de reciente creación en el país.

Para que pueda ser ejecutado dicho pago por medio de estos instrumentos que la propia ley reconoce, es decir, con la aplicación de las medidas cautelares y coercitivas deben existir una serie de condiciones básicas, estas son:

- Los alimentos deben estar concebidos por medio de una resolución judicial que se encuentre ejecutoriada.
- Para la aplicación de una medida cautelar y coercitiva, debe mediar el incumplimiento del pago de la pensión alimenticia en dos o más ocasiones¹⁷¹. Dicho incumplimiento contraviene la resolución emitida por el juez que poseía conocimiento respecto a la causa procesal.
- La medida cautelar, o el apremio como también se le denomina, debe ser aplicada por el mismo órgano de justicia y por lo tanto por el mismo juez que dictaminó respecto al cumplimiento de la obligación alimenticia, ya que en materia procesal esto se vincula al tema de facultades y competencias.

¹⁷¹ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015/*Código Orgánico General de Procesos- COGEP*.

- Para aplicar la medida cautelar debe realizarse un cálculo previo, es decir un informe de liquidaciones con relación a las pensiones alimenticias atrasadas.

Otro de los mecanismos aplicados por la administración de justicia resulta ser la privación de la libertad, como una medida de apremio personal. Al respecto cabe señalar que la prisión por deudas en el Ecuador llegó a eliminarse en el año 1917, a través de una norma emitida por órgano legislativo, en aquel momento era Congreso Nacional, y cuya norma legal fue la “Ley de Abolición del Concertaje”, o sea que se evidenció por vez primera en el campo legislativo la prohibición de la prisión por deudas, la cual era ejercida por medio del concertaje¹⁷².

En el caso de la libertad del individuo, hay que tener presente que constituye uno de los derechos fundamentales de mayor importancia que posee el ser humano, así reconocido en el ámbito del derecho internacional¹⁷³. De esta manera, previo al establecimiento de una medida cautelar en el proceso judicial de alimentos, debe ser acreditado el posible pago del monto total de la deuda alimenticia. La materialización de esta obligación está respaldada por el propio actuar preventivo que realiza el juez antes de materializar el apremio personal.

La actuación preventiva realizada por el magistrado contribuye a brindar una oportunidad a la una de las partes a manifestarse sobre la liquidación con relación al pago de la deuda alimenticia, posibilidad que denota la aplicación de un debido proceso y la pronta defensa. En la práctica jurídica procesal se ha llegado a plantear en torno a la materialización del apremio lo siguiente:

“Se ha cuestionado si para la existencia del apremio es necesario que se lleve a cabo de hecho el arresto o si basta el despacho de la orden de aprehensión en contra del demandado por el no pago de las prestaciones alimenticias debidas, sin haber

¹⁷² “El concertaje era un convenio, de ordinario, vitalicio entre el hacendado y el trabajador campesino carente de tierras (el concierto). Éste y su familia se comprometían a trabajar para un hacendado todo el año o la mayor parte de él por un pago en anticipos de dinero, grano o animales, un pedazo de tierra prestado (huasipungo) para el sustento de su familia, una cuota mensual o trimestral en granos, una muda de ropa para el año, el agua de la hacienda, la leña del monte y un sitio para el pastoreo de sus animales. Aunque estaba convenido el pago de un jornal, se le descontaban de él los daños en las sementeras, rebaños y hatos, con lo que el concierto vivía constantemente endeudado. La deuda se trasladaba a la viuda y a los hijos”. AYALA MORA, E. *Historia del Ecuador*. Editorial: Corporación Editora Nacional. Quito, 2008, p. 46.

¹⁷³ Ver en referencias bibliográficas *Declaración Universal de Derechos Humanos*.

justificado legalmente el incumplimiento de la obligación. Aclaremos razonando. Si por apremio en general se entiende el compeler, es decir, el obligar a uno, con fuerza o por autoridad, a que haga lo que no quiere, resulta indudable, a nuestro juicio, que el apremio existe desde que se dicta la orden de arresto, aunque este no se materialice por el pagar el demandado antes de ser aprehendido. La simple orden de la autoridad judicial compele, apremia; desde ella comienza el apremio. ¿Acaso dicha orden, simple y lapidaria, no empujó al demandado a satisfacer la deuda? El dejar sin efecto la medida, después del pago, no borra retroactivamente, sino que la hace cesar por haber cumplido su misión. Pero el apremio existió para todos los efectos legales”¹⁷⁴.

Respecto a lo expuesto por el citado autor se puede afirmar que el apremio como medida cautelar ante el incumplimiento del pago de las pensiones alimenticias, ha sido la medida implementada con mayor frecuencia en este tipo de situaciones, y que tiene como fin lograr que se pague y asegure el monto acordado en la resolución judicial respecto al derecho de alimentación. La norma legal procesal vigente en el país se refiere también a la aplicación de la prohibición de salida del país para aquellas personas que han incumplido con el pago de las pensiones¹⁷⁵, como otros de los mecanismos que existe para el aseguramiento del pago de las pensiones a través de la administración de justicia. En el caso específico del apremio personal como medida cautelar se puede decir que ha sido contraproducente en su aplicación en el sistema judicial, ya que ha sido considerada como la medida de mayor eficacia para asegurar el pago de las pensiones alimenticias, específicamente aquellas atrasadas, y la negatividad de ello recae primero en que algunas ocasiones dicho pago no depende de la voluntad de la persona obligada y por otro lado las condiciones de la persona privada de la libertad pueden llegar a frenar el adecuado y eficaz desarrollo de acciones necesarias para cumplir con el pago de este tipo de pensiones alimenticias.

La propia norma constitucional ecuatoriana establece la necesidad de que el juez realice su labor enfocada en la materialización de medidas cautelares alternativas a la

¹⁷⁴ VODANOVIC, A. *Derecho de Alimentos*. Editorial Jurídica Ediar-Conosur, Ltda, 3era edición . Santiago de Chile, 2013, p. 192.

¹⁷⁵ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015/*Código Orgánico General de Procesos- COGEP*.

privación de libertad para el cumplimiento de aquellas obligaciones emanadas de las resoluciones judiciales¹⁷⁶. Otros mecanismos alternativos al apremio personal, sería el embargo del sueldo o salario¹⁷⁷, así como las ganancias que obtenga el obligado de posibles arrendamientos de bienes inmuebles u otras prestaciones mediante las cuales se pueda llegar a cumplir con el pago de la pensión alimenticia¹⁷⁸.

Un mecanismo estatal que fue creado en el año 2015 para el pago de las pensiones es el SUPA, Sistema Único de Pensiones Alimenticias, ya mencionado con anterioridad. Vale recalcar que su creación abrió las puertas a la ejecución de un mayor control ordenado para el pago y cobro de las pensiones alimenticias, además de que se facilitó la realización de estos pagos, y la generación de estos a partir de las retenciones judiciales. Es este sistema un mecanismo efectivo para que las personas realicen el depósito de sus pensiones a nivel nacional, o sea, que poseen una mayor cobertura. Otro elemento positivo en que la página web del Consejo de la Judicatura contribuirá a informar de las obligaciones respectivas y el historial de los pagos realizados. Así mismo, las empresas jurídicas, tanto privadas como públicas podrán tener conocimiento de aquellos valores que deberán ser descontados a sus empleados, en concepto de pago de las pensiones alimenticias. El funcionamiento de este sistema está vinculado directamente con la red nacional de entidades financieras.

4.5. El juez competente

En el marco de la competencia ejercida en un proceso judicial por alimentos la ley procesal reconoce la facultad que posee el órgano de administración de justicia de conocer dicha causa acorde al domicilio de la persona demandada y al domicilio de la persona titular del derecho de alimentación¹⁷⁹. El juez en el proceso judicial de alimentos alcanza un rol de dirección. Este papel se caracteriza por tres aspectos en la práctica procesal¹⁸⁰:

¹⁷⁶ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/ *Constitución de la República de Ecuador-CRE*.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005/ *Código Civil- CC*.

¹⁷⁹ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015/ *Código Orgánico General de Procesos- COGEP*.

¹⁸⁰ GARCÍA, A. Temas procesales. *Revista del Centro de Estudios del Derecho...* op., cit., pp. 57-60.

- El primero se relaciona con el juez autómatas donde su trabajo se limita a aplicar de forma rígida la norma legal sobre aquellos casos que debe tramitar; aquí no llega a interesar el tipo de razones, ni las consecuencias que generan la decisión del magistrado.
- Juez subjetivo, este reconoce que su subjetividad llega a ser amplia y que importa más la experiencia que posee, para poder alcanzar las decisiones que considera justas; el magistrado no se preocupa por exteriorizar un vínculo fuerte respecto a la decisión que ha tomado con las fuentes pertenecientes al ordenamiento jurídico.
- Juez argumentativo, resulta ser consciente de que tiene un vínculo con la norma constitucional y las leyes. Esto se traduce en que el magistrado tiene la obligación de aplicar el orden legal estipulado para cada caso en concreto. No obstante, la acción ejercida por el juez en cuanto a la aplicación de la norma legal conlleva una labor interpretativa de estas fuentes legales y el entendimiento de que la ley no siempre posee una solución para cada situación.

En el caso específico del proceso judicial de alimentos el rol desempeñado por el juez debe ser argumentativo, con marcados rasgos postmodernos, y que desarrolle una labor afín con los cambios y posibles transformaciones. Las acciones del magistrado deben estar enfocadas en lo positivo, para poder crear y aceptar nuevos paradigmas. De ello se puede afirmar que el intelecto del juez debe estar enfocado a la materialización de una capacidad de abstracción, deducción e interpretación de la ley, con celeridad, eficacia y eficiencia. Conforme a esto, en los procesos de alimentos la viabilidad radica en parte en la celeridad de su desarrollo, sin llegar a perjudicar la presencia del debido proceso y el derecho de defensa que posee la persona demandada. La norma procesal civil reconoce y aplica estos elementos aquí descritos al contemplar el proceso sumario y la realización de una audiencia única para los temas relacionados con los alimentos.

El juez que preside los procesos judiciales de alimentos en el país resulta ser una autoridad que vela por los intereses de los niños y adolescentes, además de ser una garantista de las partes intervinientes, y posee una especialización en materia de familia

y niñez y adolescencia. Este magistrado ejerce en la jurisdicción civil, y realiza su labor por medio de órganos de administración de justicia especializados en los temas de derecho familiar, y los asuntos correspondientes a los niños y adolescentes, tal es el caso de los alimentos. su actuar está reflejado en gran parte de los preceptos legales contemplados en la norma procesal civil, en la que se destacan su labor conciliadora, la valoración que debe hacer de las pruebas presentadas, y la existencia y materialización de acciones que garanticen el derecho de ambas partes en el proceso.

CAPÍTULO II: LA PRISIÓN POR EL NO PAGO DE PENSIONES ALIMENTICIAS

1. Antecedentes históricos

Desde una perspectiva legal se puede apreciar que en país se ha transitado por un amplio camino de transformaciones de la norma constitucional, principalmente marcado por la inestabilidad política. Estos cambios han oscilado desde simples reformas hasta la aprobación de nuevos textos constitucionales. Si se analiza la historia constitucional ecuatoriana, desde el primer texto constitucional aprobado en el año 1830, hasta la norma suprema que rige en la actualidad, han sido aprobadas aproximadamente una veintena de normas constitucionales, y el término aproximación es utilizado porque ha predominado en la doctrina jurídica ecuatoriana discrepancias sobre este tema.

Evidentemente estas modificaciones son una clara muestra de inestabilidad política que ha imperado en el país, donde cada grupo de poder ha tratado de asegurar sus pretensiones e ideología y para alcanzar dicho cometido la Constitución ha sido un instrumento. En relación con esto se puede resaltar la norma constitucional vigente, la cual posee importantes innovaciones, y está caracterizada por demostrar un importante enfoque de índole social, bajo los parámetros de la denominada “política del buen vivir”.

Es así que, cada uno de los textos constitucionales aprobados, han generado beneficios y perjuicios, en los diversos ámbitos dígase social, económico, político, jurídico, cultural e incluso ambiental. Desde el marco jurídico específicamente se ha manifestado un tratamiento negativo, y que a su vez ha constituido un retroceso respecto a la materialización del apremio personal en relación con el incumplimiento de obligaciones civiles, lo cual aún persiste en la práctica legal ecuatoriana. Para poder comprender en que consiste el apremio personal, es necesario hacer un recorrido desde el surgimiento de la prisión por deudas.

Como un precedente relacionado a la prisión por deudas, se puede mencionar a la figura del “concertaje”, surgida y desarrollada durante la época colonial española. Dicha figura que posee fuertes vínculos con otros sistemas de la época como son la encomienda y los obrajes, además fue una herencia dejada por las prácticas ejecutadas de los colonos

europeos¹⁸¹. Este sistema denominado concertaje se identificaba como un tipo de contrato a través del cual el indígena era obligado a trabajar de por vida, bajo parámetros que obedecían a una deuda adquirida con el patrón, donde dicha obligación de deuda solo podía ser extinguida con la muerte del indio; a pesar de ello en el supuesto de que se considerase a dicha obligación como aún no saldada esta podía ser transmitida a los descendientes del indígena obligado¹⁸². A criterio de historiadores ecuatorianos esta figura constituyó una aberración y humillación debido al tratamiento como esclavos que se le brindaba a los indígenas, en donde se transgredieron elementos fundamentales de justicia y derechos. El concertaje fue eliminado de la práctica ecuatoriana en el año 1929¹⁸³.

El endeudamiento del indígena, tuvo sus orígenes bajo argumentos que abogaban por la necesidad de mejorar la producción agrícola, manifestaciones emanadas principalmente de los terratenientes que eran la clase económica y política dominante, con la intención además de explotar a los pueblos indígenas y establecer un sistema de trabajo gratuito, el cual fue fabricado bajo contratos engañosos como fue el concertaje, y que sometían de por vida a los miembros de las comunidades ancestrales a una especie de trabajo forzado en las haciendas, privándoles así de una vida con calidad y derechos¹⁸⁴.

Otra forma donde se evidenciaba la adquisición de deudas resultó ser a raíz de las fiestas celebradas en el periodo colonial producto de las tradiciones traídas por el colono de España, el peón con el objetivo de celebrar dichas fiestas llegaba a contraer importantes deudas con el patrón, cuyo monto de obligaciones eran descontadas en el transcurso de los años del trabajo desarrollado por el peón y también el de su familia. A pesar del pago de las obligaciones con el trabajo, estas deudas estaban lejos de desaparecer o disminuir, por lo que las mismas en la mayoría de las situaciones aumentaban, y eran heredadas por la familia de la persona adeudada. Algunas de la práctica que materializaron los hacendados para cobrar las deudas contraídas fue el remate de las pocas pertenencias de sus peones, en muchos casos ya fallecido. Como bien refleja el sistema del concertaje este

¹⁸¹ Estuvieron vigentes durante los siglos XVI y XVIII.

¹⁸² PÉREZ GUARTAMBEL, C. *Justicia Indígena*. Editorial: Fondo Indígena. Quito, 2015, pp. 92-95.

¹⁸³ AYALA MORA, E. *Historia del Ecuador...* op., cit., pp. 61-63.

¹⁸⁴ PÉREZ GUARTAMBEL, C. *Justicia Indígena...* op., cit., pp. 100-103.

resultó ser un círculo vicioso sin perspectivas de que terminaran o cesaran las deudas¹⁸⁵. Esta figura jugó un papel protagónico en la agricultura durante el Siglo XIX, en casi todos los países latinoamericanos, como una forma preponderante de vínculo laboral.

Es así como a partir del concertaje se materializó la prisión por deudas. En el marco constitucional ecuatoriano el apremio legal llegó a ser reconocido, por primera vez, en el texto constitucional aprobado en el año 1835, específicamente en su Art. 94¹⁸⁶, en el cual también se llegan a estipular una serie de excepciones en los casos de ejecución de la prisión. En el caso específico de la prisión por deudas en materia de alimentos no se evidenció pronunciamiento alguno al respecto en las normas constitucionales aprobadas con posterioridad, tal es el caso de las emitidas en 1861, 1869 y 1878, el contenido expuesto en dichos textos fue similar al Art. 94 de la Constitución de 1835.

Si se analizan algunos criterios, en torno a la prisión por deudas de alimentos, expresados por historiadores ecuatorianos con relación a la normativa civil que estuvo vigente en los primeros años, posteriores a la fundación de la República ecuatoriana, se estipuló el apremio para el caso de las deudas por alimentos legales¹⁸⁷. Este reconocimiento en la normativa civil parte del establecimiento, en la norma constitucional de 1835, de la figura del apremio personal. Este sistema sancionatorio de aplicar la prisión por deudas y su contemplación en la norma legal, estuvo vigente hasta el año 1906, en cuyo periodo de tiempo fue aprobado un nuevo texto constitucional, el cual estableció la prohibición de materializar la prisión por causa de deudas¹⁸⁸. Esta prohibición solo quedó reflejada en la teoría jurídica, ya que en la práctica se continuó con la aplicación de la prisión por deudas de alimentos y aquellas derivadas de la figura del concertaje, por lo que la violación de la Constitución fue una acción frecuente. Del mismo modo la norma civil que rigió en esa época, estipulaba la ejecución por apremio de las decisiones

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ Ver en referencias bibliográficas Registro Auténtico I, 480-510 de 30 de julio de 1835/*Constitución de la República del Ecuador*.

¹⁸⁷ PÉREZ GUARTAMBEL, C. Justicia Indígena... op., cit., p. 93. El autor hace referencia al Código de Enjuiciamiento Civil que rigió a partir de 1879 en el Ecuador, específicamente en el Art. 1147: Se ejecutarán por apremio: 3. Las disposiciones que se den para ejecutar providencias urgentes, como depósito, posesión provisional, aseguración de bienes, alimentos legales y otras análogas (...).

¹⁸⁸ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial 242/*Constitución Política de la República del Ecuador*, 1906.

judiciales que obligaban al pago de los alimentos, donde la persona obligada, en este caso el apremiado, en el supuesto de no cumplir lo establecido por el magistrado, esta persona obligada era recluida a una prisión hasta que los hechos fueran verificados o hasta que se saldara la deuda contraída, incluso los días de estadía en prisión podían ser equiparados al monto monetario que representaban los alimentos adeudados¹⁸⁹.

Esta prisión por deuda de alimentos, como una clara excepción a la prohibición de la prisión por deudas, tuvo duración hasta la promulgación en el año 1929 de un nuevo texto constitucional, en el cual se llegó a prohibir de forma expresa la prisión por deudas derivadas de obligaciones con un carácter civil, unido además de la abolición de la figura del concertaje como bien se mencionó con anterioridad¹⁹⁰. La prohibición de la prisión por deudas, en el marco legal establecido por esta norma constitucional, incluyó la prohibición de la prisión por alimentos. La normativa civil vigente en dicho periodo y que contemplaba el premio personal por deuda de alimentos fue declarada inconstitucional¹⁹¹.

Este constituyó un paso positivo en la confirmación de que la prisión por deudas no debería ser establecida en el ámbito de la ley, puesto que obedece a una obligación de carácter civil. Algunos principios que sirvieron de base para el establecimiento de esta prohibición en Carta Fundamental de 1906 fueron la igualdad, la dignidad y la libertad, principios que surgieron a partir del desarrollo de revoluciones tan importante como la Revolución francesa del año 1789.

A pesar de esta prohibición sobre la prisión por deuda de alimentos, en el año 1946 es aprobada otra Constitución, que reflejó una regresión jurídica en relación con este tema¹⁹². Este texto constitucional, impulsado por el entonces presidente Velasco Ibarra estableció como una excepción a la prohibición de la prisión por deudas, a las deudas por

¹⁸⁹ Ver en referencias bibliográficas *Código de Enjuiciamiento Civil* vigente en 1906.

¹⁹⁰ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial 138 de 26 de marzo de 1929/ *Constitución Política del Ecuador*.

¹⁹¹ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 312 de 19 de junio de 1945/ *Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales*.

¹⁹² Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 773 de 31 de diciembre de 1946/ *Constitución Política del Ecuador*.

alimentos¹⁹³, por lo que fue resucitado la figura del apremio personal, a pesar de que este tipo de obligaciones posee una carácter meramente civil y no penal.

La situación antes expuesta se mantuvo en los posteriores textos constitucionales emitidos en el país, como fue el caso de las constituciones de 1967, 1978 y 1998, esto incluye además a la norma constitucional vigente aprobada en el 2008¹⁹⁴, lo cual permite el establecimiento del apremio personal en materia de alimentos, en las normas civiles que integran en ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como en la normativa especial referente a los menores de edad. Este apremio personal para deudas de alimentos ha contribuido a violentar los derechos fundamentales del obligado.

Hay que destacar además que los menores de edad en el país contaron por vez primera con una norma especial en el año 1938, donde fue promulgado el primer Código de Menores, dicha norma estuvo sujeta a constantes transformaciones, hasta el actual Código de la Niñez y la Adolescencia con su última reforma en el año 2009. En esta normativa se evidenció desde su surgimiento el cuidado y la protección que todo menor de edad debe poseer, especialmente el derecho a la alimentación. Si se analiza cada cuerpo normativo se puede apreciar que el Código de Menores de 1938 se estableció la prisión por deudas de alimentos¹⁹⁵, en contraposición a los estipulado en la norma constitucional vigente en dicho periodo o sea la Constitución de 1929. En los textos legales venideros, 1969, 1976 y 1992, la prisión por alimentos fue tratada bajo la figura del apremio personal. Esta situación tiene gran similitud con lo establecido en el actual Código de la Niñez y Adolescencia, donde la prisión por deudas era establecida en la norma procesal no solo para los padres sino además para aquellas personas que son obligados de manera subsidiaria en las deudas de alimentos, esto cambió a partir de la promulgación del nuevo Código Orgánico General de Procesos, donde los segundos no pueden ser privados de la libertad en caso de incumplimiento de la obligación alimentaria¹⁹⁶.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/ *Constitución de la República del Ecuador- CRE*.

¹⁹⁵ Ver en referencias bibliográficas *Código de Menores* de 1938.

¹⁹⁶ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015/ *Código Orgánico General de Procesos- COGEP*.

El reconocimiento y las acciones permisivas en un inicio, en cuanto a la materialización del apremio personal hacia familiares del menor de edad, obligados de manera subsidiaria en la deuda alimentaria constituyó una regresión jurídica, ya que las deudas fueron transferibles a los familiares y con ello la sanción privativa de la libertad. En lo que respecta a la condena con prisión del alimentante esto ha puesto de manifiesto una percepción errónea de lo que es responsabilidad civil y responsabilidad penal. Hasta aquí se puede apreciar a modo general el desarrollo y reconocimiento de la prisión por deudas alimenticias en el Ecuador.

2. Principios fundamentales de aplicación del Código de la Niñez y Adolescencia

Los principios fundamentales presentes en la aplicación del Código de la Niñez y Adolescencia en la práctica jurídica nacional se encuentran relacionados con la evolución de los ámbitos estatal, social, familiar y la realidad del menor, cuyos principios han contribuido al desarrollo positivo de los derechos del niño en la actualidad. Respectos a dichos principios se puede decir que surgieron a partir del desarrollo de la normativa jurídica internacional en materia de niñez, algunos de estos instrumentos internacionales claves, fueron: la Declaración de Ginebra de 1924; Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y la Convención de los Derechos del Niño en el año 1989.

Los principios vinculados a la materialización de los derechos y protección de la niñez y adolescencia son establecidos tanto en la Constitución, como en la norma sustantiva especial que rige sobre este tema, y la orientación que sigue esta normativa va dirigida al alcance de un desarrollo y crecimiento adecuados del menor, cuyos complementos deberán ser la familia y un estado de bienestar general, el cual deberá ser ejecutado desde la propia concepción del niño hasta que posea los 21 años de edad, además se ha tomado en cuenta los casos especiales donde el menor tenga algún tipo de discapacidad, ante cuya situación será implementada una protección y cuidados especiales entorno a dicho menor de edad, y serán además constantes en el tiempo o periodo de vida del niño.

Todo el sistema de cuidado y protección del niño y adolescente en el país está sustentado en una organización tripartita, lo cual significa que el Estado actúa como un

ente organizador; la sociedad desempeña un rol multiplicador; y por último la familia se erige como un núcleo social, y su trabajo conjunto se llega a traducir en la presencia de normas y regulaciones específicas que permiten la aplicabilidad de los principios que rigen en materia de niñez y adolescencia. Esto conlleva la necesidad creciente de que existan organismos con capacidades reales que ejecuten políticas apropiadas entorno a la niñez y adolescencia, así como planes y programas reales que contribuyan de manera efectiva a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescente.

En el Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano llegan a ser establecidos una serie de principios fundamentales que enmarcan la propia existencia y aplicabilidad de la norma¹⁹⁷. De dichos principios serán analizados solo aquellos que son intrínsecos a todo niño, niña y adolescente, como: la igualdad y no discriminación; el principio del interés superior del menor; el principio de corresponsabilidad; y el principio de prevalencia del ejercicio progresivo. A continuación, se expondrá un análisis general de cada uno de ellos:

I. Principio de Igualdad y no discriminación¹⁹⁸.

Este principio a consideración de algunos autores representa tanto una declaración positiva y como negativa respecto al mismo¹⁹⁹. Esta connotación diferente dentro de dicho principio posee una conexión necesaria y sistemática, reflejada en la necesidad de que se erradique la discriminación para poder así garantizar la igualdad. Para una mejor comprensión de ambos términos resulta necesario su análisis por separado.

Respecto a la discriminación, esta se ha evidenciado en el transcurso de los años mediante el tratamiento diferenciado que, como parte de la vida social, reciben las personas o grupos sociales, cuyas distinciones pueden ser calificadas como injustas y arbitrarias. Es así que algunos autores han considerado a la discriminación como: “(...) una selectividad inicua de los seres humanos o de los grupos sociales en la vida comunitaria; donde se niega la igualdad de oportunidades, favorece a unos y perjudica a

¹⁹⁷ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003/*Código de la Niñez y Adolescencia- CNA*.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ BAYEFESKY, A. F. *The UN Human Rights Treaty System: Universality at the Crossroads*. Editorial: Kluwer Law International. Toronto, 2012.

otros”²⁰⁰. Como parte de los planteamientos y criterios desarrollados con relación a la discriminación se ha llegado a establecer una división de esta, es decir, que existe una discriminación negativa y una discriminación positiva.

Cuando se habla de discriminación negativa, esta se encuentra asociada a una manifestación social donde determinado grupo dominante puede separar, distinguir, seleccionar a otro grupo de forma despectiva, motivado por variadas causas, ya sea de índole sexual, cultural, racial, político, económico, jurídico, ideológico, entre otros. A partir de los fundamentos de esta concepción no se le brindó oportunidad alguna a una igualdad desde un ámbito general, sino que se defendió la igualdad individual y sectorista. La discriminación negativa a tenido como una de sus características principales la violencia, por lo que todo acto discriminatorio negativo llega a atentar contra la igualdad y la dignidad de las personas. Por otro lado, cuando se analiza la denominada discriminación positiva se puede apreciar que se basa en una idea central, es decir la igualdad de oportunidades.

La corriente que defiende la discriminación positiva la relacionan con colectivos sociales como los indígenas o la comunidad de lesbianas, gais, bisexuales y transexuales (LGTB), los sistemas de acceso a la universidad, la inserción laboral de las personas discapacitadas, por solo mencionar algunos ejemplos. Esta doctrina ha sido adoptada por el Estado ecuatoriano en la implementación de diversas políticas sociales, a partir del contenido reflejado por el texto constitucional de 2008. Respecto a la discriminación positiva se ha llegado a afirmar que:

“En la actualidad se ha comenzado a hablar de discriminación positiva para referirse a la distinción favorable que se da a unas personas y grupos, tradicionalmente sometidos a segregaciones negativas, con relación a los demás. Este tipo de desigualdad entraña, en cierto modo, un privilegio. De bajo relieve en que ellos estaban colocados en la vida social han pasado a un alto relieve de preferencias en relación con los demás”²⁰¹.

²⁰⁰ BORJA CEVALLOS, R. *Enciclopedia de la Política, Tomo I*. Editorial: Fondo de Cultura Económica. México D.F, 2012, p. 567.

²⁰¹ *Ibidem*

Se debe señalar además que en las varias acepciones desarrolladas respecto a la discriminación han surgido criterios dotados de cierta subjetividad. Esto se pone de manifiesto en la consideración desigual sobre la discriminación, lo cual ocurre del mismo modo con la igualdad. La diversidad de criterios u opiniones refleja que la discriminación resulta ser una consecuencia de una sociedad donde llega a imperar conductas permisivas, manifestaciones de incivilización, y ámbitos incompletos en lo que se refiere a la idiosincrasia. La perseverancia de la discriminación ha arrojado la consideración de que el alcance de la igualdad puede llegar a tomarse en cuenta como una utopía, ya que si existe discriminación no puede haber igualdad.

En el caso de la igualdad esta se erige como principio fundamental del Estado ecuatoriano, donde se aplica el axioma “todos somos iguales ante la ley”. Como la igualdad presenta un amplio campo de estudio para efectos de esta investigación, la misma estará enfocada en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia que representa el país, además de los derechos que poseen los menores de edad. Primeramente, hay que destacar que en el marco constitucional este principio es reconocido de la siguiente forma:

“El Ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

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

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”²⁰².

²⁰² Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/ *Constitución de la República del Ecuador- CRE*.

El principio aquí expuesto está relacionado con otros preceptos²⁰³ del propio cuerpo constitucional, y especialmente con el Art. 6 del Código de la Niñez y Adolescencia. Por lo que se evidencia que la igualdad representa uno de los valores fundamentales de la civilización, y además ha constituido el principal impulso y causa del desarrollo de los movimientos sociales y sus respectivas luchas para establecer estándares mayores y de fortaleza respecto a la disminución de la desigualdad y la no discriminación. Los inicios de este principio se evidenciaron en documentos históricos como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica emitida en el año 1776; en los albores de la Revolución francesa y el posterior surgimiento de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y posteriormente en el Siglo XX la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, instrumentos que reflejaron el pensar y la lucha social de cada época histórica respecto a los derechos humanos y la igualdad.

En el caso de los países que poseen un Estado Constitucional de Derecho y Justicia, como los es el Ecuador, la igualdad resulta ser un pilar fundamental, al respecto se ha señalado que:

“Para el pensamiento constitucional, el principio de igualdad ha tenido en el pasado, tiene en la actualidad y está llamado a tener en el futuro una importancia capital. Desde el nacimiento mismo del Estado constitucional la igualdad no ha dejado de figurar como uno de los principios vertebradores de dicho modelo de Estado”²⁰⁴.

Esta igualdad, tratada desde la perspectiva del pensamiento filosófico y posmodernista, ha estado vinculado de manera estrecha a la materialización de la justicia, es decir, ha sido considerado como uno de sus principales elementos, ya que en un Estado constitucional la no presencia de la igualdad acabaría con la razón de ser del propio Estado. Esta igualdad y su interrelación con la justicia, conlleva a la construcción de una sociedad justa, esto ha sido respaldado en la doctrina constitucionalista, como:

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ CARBONELL, M. *Elementos de Derecho Constitucional*. Editorial: 2da edición, Fontamara. México D.F., 2014, p. 10.

“Esto es lo que explica que la más importante formulación teórica sobre la justicia que se realizó en el siglo XX, la famosa Teoría de la justicia de John Rawls, afirme como los dos grandes principios de justicia cuestiones que están inmediatamente relacionadas con la igualdad. Para Rawls, los dos principios a partir de los cuales habría que comenzar a edificar una sociedad justa (partiendo de lo que el propio Rawls llama “la posición originaria”) son los siguientes: Primer principio: cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás (...) Segundo principio: las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen con empleos y cargos asequibles para todos”²⁰⁵.

Esta relación expresada por el citado autor entre la justicia y la igualdad puede ser caracterizada como uniforme, ya que a partir del principio de igualdad y su ejecución, existe la posibilidad real de edificar todo un mandato constitucional donde la garantía, protección y respeto de los derechos fundamentales, desempeñe un papel protagónico. Esto se pone de manifiesto en el ya citado Art. 11, numeral 2 de la Constitución ecuatoriana. A su vez este principio de igualdad desarrolla ideas respecto a cuestiones básicas como la libertad, y demás derechos que no pueden ser restringidos con el empleo de argumentos superficiales o en cualquier momento. Ello trae como resultado que predomine un esquema, donde todas las personas tengan establecidos un conjunto de derechos, y la igualdad llegue a representar un principio constitucional irrefutable.

Como parte del cumplimiento del principio de igualdad existen algunas excepciones, en este caso son las desigualdades, las cuales pueden estar representadas en el cuidado y protección que debe ser brindado a grupos sociales que necesitan una atención prioritaria, lo cual se relaciona con el desarrollo y existencia de una justicia social. Un ejemplo de estos grupos sociales resultan ser los menores de edad, donde sus necesidades especiales y cuidado marcan cierta desigualdad por lo que esta atención especial es justificada.

²⁰⁵ *Ibidem...* op., cit., p. 11.

El principio de la igualdad también puede ser analizado desde una perspectiva material, en la cual se destaca la igualdad de oportunidades y su base legal que se refleja en la norma, donde todas las personas deben ser tratadas por igual, ello incluye el reconocimiento de desigualdades, donde los grupos sociales con necesidades especiales llegan a representar una desventaja y ésta por lo tanto debe ser atendida. La perspectiva aquí expuesta conlleva a una obligación por parte del Estado a brindar acciones de preferencia hacia los grupos sociales más débiles, lo cual constituye una obligación por parte del Estado. Esto se traduce en la implementación de políticas públicas que auxilien a la persona o grupo social necesitado, sobre este tema el jurista italiano Norberto Bobbio planteó lo siguiente:

“(…) que, una vez que a cada parte le ha sido asignado el lugar propio, el equilibrio alcanzado se ha mantenido por normas universalmente respetadas. Así, la instauración de una cierta igualdad entre las partes y el respeto de la legalidad son las dos condiciones para la institución y la conservación del orden y la armonía del todo, que es, para quien se ponga en el punto de vista de la totalidad y no de las partes, el sumo bien. Estas dos condiciones son ambas necesarias para que actúe la justicia, pero sólo conjuntamente son también suficientes (...)”²⁰⁶.

A partir de las consideraciones aquí expuestas se puede plantear la interrogante siguiente: ¿los alimentantes y los menores de edad son iguales ante la ley? Desde el ámbito de estudio de la norma legal cada grupo social le asisten derechos y principios, por lo que en la ley y ante la ley son iguales. Entre los diversos grupos sociales debe predominar una coexistencia, lo que implica el respeto mutuo de los derechos y la exigencia en el cumplimiento de las respectivas obligaciones. Ello representa una igualdad en el trato brindado a las personas, así es respaldado en la doctrina jurídica chilena al plantearse sobre la igualdad de trato lo siguiente:

“A partir de esta categoría, se puede comprender que el principio de igualdad exigirá en ciertos casos obviar ciertas diferencias fácticas y equiparar personas y/o situaciones distintas, con el objetivo de otorgar una igualdad de trato (Igualdad por Equiparación). En otras ocasiones y, por el contrario, el principio de igualdad

²⁰⁶ BOBBIO, N. *Igualdad y libertad*. Editorial: 3era edición, Paidós. Buenos Aires, 2013, p. 58.

exigirá recoger diferencias fácticas existentes para efectos de diseñar un estatuto diferenciado, porque sólo de esa manera se puede garantizar la igualdad de trato (Igualdad por Diferenciación)”²⁰⁷.

Es así que el Estado ecuatoriano tiene la tarea de implementar a cabalidad el principio de la igualdad y la no discriminación, donde en el caso de los menores de edad están sujetos a un respaldo de sus derechos por medio de la implementación de un sistema de protección integral descentralizado²⁰⁸, lo cual pone en evidencia el encontrar un camino mejor que conlleve a una sociedad mejor. Esta lucha por establecer adecuadamente el principio de la igualdad y la no discriminación es un objetivo que deberá seguir perfeccionándose, hasta eliminar todo tipo de acto discriminatorio negativo.

II. Principio del interés superior del niño²⁰⁹.

El interés superior del menor se ha transformado en un principio rector en materia de niñez y adolescencia. Dicho principio jurídico representa una clara garantía en la resolución de los conflictos donde los menores de edad se encuentran inmersos. El principio del interés superior del niño ha sido considerado como un compromiso genérico con relación a todas aquellas personas²¹⁰ que ostentan algún poder de decisión respecto a un menor de edad, cuyo actuar deberá estar enmarcado en el ámbito de los derechos del menor, de tal forma que siempre se vele por su protección.

Este principio también implica un determinado estándar de objetividad, ya que el cumplimiento y garantía de los derechos del menor, no puede ni debe estar sujeto a simples patrones de índole subjetiva. Ello significa que el interés superior no solo puede abarcar una creencia sobre lo que es mejor para el niño, sino que deberá estar sustentado en aquello que realmente sea lo mejor para el menor, y que de manera objetiva e íntegra contribuya a su desarrollo positivo. Esto implica además que tiene que ser determinada la

²⁰⁷ FIGUEROA, R. “Igualdad y Discriminación”. *Revista de Derecho Constitucional* No. 22, agosto de 2015, p. 7.

²⁰⁸ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003/*Código de la Niñez y Adolescencia*- CNA.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ Pueden ser padres, maestros, autoridades públicas judiciales o no, empresas privadas, entre otras.

necesidad de establecer un equilibrio entre los derechos y los deberes del niño, cuya estructura estará enfocada siempre en su bienestar y desarrollo.

Al respecto el Estado ecuatoriano ha llegado a determinar la forma en que deben ser protegidos los menores de edad, específicamente en el Art. 44 de la norma constitucional. Como un complemento a esto el Código de la Niñez y Adolescencia establece el interés superior del menor como principio en su Art. 11. Dicho esto, el principio ha sido desarrollado en el país como una atención preferencial e integral del Estado, la sociedad y la familia hacia el menor de edad. En tal sentido estos tres entes deberán garantizar un desarrollo integral y el disfrute pleno de los derechos a los menores, cuya base estará sustentada en pilares como la libertad, la dignidad y la equidad. Esta posición representa a un país inmerso en la lucha contra la discriminación en materia de derechos de menores. No obstante, el interés superior del niño puede ser garantizado por cierta parcialidad dentro de la normativa especial ecuatoriana, donde a consideración de algunos juristas ecuatorianos:

“El Art. 11 se refiere al interés superior, principio que dice ser orientado a satisfacer el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes, a través de todas las autoridades administrativas y judiciales, y las instituciones públicas y privadas; pero a nadie le interesa ejecutar acciones y decisiones para su fiel cumplimiento”²¹¹.

Esta realidad negativa expresada por el citado autor se ha evidenciado en el papel erróneo adoptado por la propia norma ecuatoriana en los conflictos relacionados con las pensiones alimenticias, donde en un primero momento esta no resultaba ser digna acorde a las necesidades del menor, y posteriormente se ha colocado la figura del apremio personal en cuestiones de mora por pensiones alimenticias. En esto casos sensibles por el tema que encierran, se llegan a denotar disímiles situaciones en las que se puede destacar la despreocupación del alimentante por su hijos o hijos menores de edad, la carencia de un sistema coherente de visitas que contribuya a la estabilidad emocional del niño, o sea que

²¹¹ OJEDA MARTÍNEZ, C. *Estudio crítico sobre los derechos y garantías de la niñez y de la adolescencia*, Tomo I. Editorial: 2da edición, Abya Yala. Quito, 2014, p. 4.

todo en este engranaje de conflictos el interés superior del niño puede llegar a perder su objetividad.

Si se analiza el interés superior del menor desde el trabajo desarrollado por las instituciones públicas, se refleja que no todos los derechos de los menores llegan a ser respetados a cabalidad, por lo que resulta necesario seguir trabajando para alcanzar la eficiencia requerida en este asunto. En el tema de aquellos menores de edad infractores de la norma penal, la propia ley llega a ser condescendiente con el menor infractor, aquí el interés superior del niño actúa como un escudo, lo que fomenta más acciones negativas como la venta y el consumo de drogas en los colegios.

Dicho esto, urge en la práctica jurídica el desarrollo de políticas reales que estén destinadas a implementar planes y programas que impacten de manera positiva en la realidad donde se desenvuelven los niños, niñas y adolescentes. Estos programas podrían contribuir al mejoramiento de las relaciones afectivas, las condiciones del entorno e incluso el trabajo de los jueces.

I. Principio de corresponsabilidad²¹².

Este principio se llega a centrar en la responsabilidad presentes entre tres entes fundamentales que intervienen de manera directa en la vida del menor, es decir, el Estado, la sociedad y la familia. Dicho principio reconocido en el Art. 8 del Código de la Niñez y Adolescencia, posee una relación estrecha con preceptos constitucionales tales como los artículos 44; 69, numerales 1 y 5; y 83, numeral 16, todos hacen referencia a los cuidados y acciones que deberán ejecutar estos tres entes.

La participación triple que abarca este principio contribuirá al aseguramiento y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya que tanto la sociedad, como el Estado y la familia son corresponsables directos en el cumplimiento, respeto y protección de los derechos que le asisten a los menores de edad. Antes de que fuera implementado este principio en la figura de los progenitores descansaba de forma exclusiva todo tipo de responsabilidad hacia los hijos menores de edad, lo cual denotó la

²¹² Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003/*Código de la Niñez y Adolescencia*- CNA.

negación de aquellas obligaciones que también eran competencia de la sociedad y el Estado. En la época actual el país refleja un giro importante por medio del reconocimiento de la corresponsabilidad entre estos tres entes, el decir la responsabilidad familiar, la presencia de un control público y social en torno a las decisiones de los progenitores, con el fin de resguardar los derechos del niño.

La obligatoriedad de esta corresponsabilidad es establecida en el propio Código de la Niñez y Adolescencia, principalmente en los que se refiere a la familia y el Estado²¹³. En lo que respecta a la familia su función básica estaría dirigida a garantizar un espacio natural para el niño, donde se desarrolle la tutela directa de ambos padres. En el caso del Estado este deberá materializar planes y políticas que permitirán el cumplimiento de aquellos objetivos que han sido trazados por la familia. Para la sociedad y su respectiva responsabilidad esta se pone de manifiesto en el papel activo de ONG y fundaciones que laboran para atender aquellos menores que se encuentran en una situación de riesgo inminente, y que el Estado no tiene la capacidad para hacer frente a dichas necesidades, aquí se destaca el factor de riesgo económico.

II. Principio del ejercicio progresivo²¹⁴.

Este principio que aboga por el ejercicio progresivo por parte del menor de los derechos que le asisten. Dicho ejercicio está contemplado como parte del desarrollo evolutivo de cada menor de edad, en el que llegan a intervenir factores como su madurez, el nivel de reflexión que pueden alcanzar, la independencia, su capacidad para expresarse, entre otros. Todos estos factores pueden transformarse de manera paulatina, acorde al avance de la edad del menor, esto implica que el criterio del niño debe ser tomado en cuenta por la sociedad. Algunos autores han vinculado el desarrollo evolutivo a modo general, como:

“Podríamos definir el desarrollo evolutivo de muchas maneras: 1. Procesos de cambio a todos los niveles que ocurren a lo largo del ciclo vital y que son fruto tanto de nuestra relación con el ambiente que nos rodea, como de las predisposiciones genéticas. 2. Secuencia ordenada de cambios en la diferenciación

²¹³ *Ibidem.*

²¹⁴ *Ibidem.*

morfológica y funcional en la que se van integrando modificaciones de las estructuras psíquicas y biológicas con las habilidades aprendidas y cambios socioemocionales”²¹⁵.

Con el paso del tiempo y la evolución que caracteriza al niño hasta convertirse en una persona adulta se manifiesta un aumento de las diferencias individuales. Esto significa que cuando el niño es pequeño existe semejanza entre los menores ya que los cambios se relacionan con los procesos de madurez, tal es el caso del desarrollo del cerebro. Por lo que las diferencias en cuanto a la edad y el propio desarrollo de la infancia genera una promoción y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y su goce deberá estar sujeto a las diferencias que poseen. Un ejemplo donde se pone de manifiesto esta característica psico-biológica es la contemplación en la Constitución ecuatoriana de que el adolescente que tenga 16 años hasta los 18, ejercite su capacidad respecto a sufragar, es decir que se le brinda la opción de ejercer o no su derecho al voto, por lo que es facultativo²¹⁶.

Como parte de este raciocinio se puede mencionar además a los menores de edad infractores y las acciones que cometen donde infringen la ley penal. Esta actitud preocupante puede abarcar delitos como el sicariato, el consumo de drogas, el robo, la portación de armas, por solo mencionar algunos, cuyas acciones delictivas pueden estar caracterizadas por la manipulación a la que el menor infractor es sometido e incluso acciones de reclutamiento materializadas por personas adultas que ven en el niño una herramienta más de lucro. Dicho aprovechamiento y manipulación están acompañados por factores negativos como la extrema pobreza que existe en numerosos núcleos familiares, la carencia de un control efectivo por parte de los progenitores y la falta de comunicación.

En el caso de los menores infractores, las autoridades han ejecutado acciones para contrarrestar dicha situación, ejemplo de ello es el recrudecimiento de las sanciones. Esta respuesta no llega a ser del todo positiva ya que se ha dejado de lado la labor preventiva,

²¹⁵ AZETI, E. *Desarrollo y crecimiento: psicología evolutiva de 0 a 10 años*. Editorial: 2da edición, Paulinas. Santiago de Chile, 2014, p. 75.

²¹⁶ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/ *Constitución de la República del Ecuador- CRE*.

que también es importante para combatir la delincuencia juvenil. Por otro lado, ha existido una práctica judicial en el país donde se ha llegado a prevalecer la impunidad en el tratamiento de los menores infractores. Esto evidencia la carencia de equilibrio en el tratamiento brindado a los niños, niñas y adolescentes. En la normativa penal vigente se han llegado a establecer mayores sanciones para aquellas personas que inducen y obligan a los jóvenes a delinquir²¹⁷.

3. La prisión por alimentos de origen civil

Si se analiza en impago de las pensiones alimenticias, establecido en la norma especial estipulada para que rija en materia de niñez y adolescencia, se puede apreciar que en país el no pago de alimentos nunca ha sido tratado como una infracción penal. De esto se deduce que la obligación que tienen los progenitores en el pago de los alimentos a sus hijos menores de edad acarrea una responsabilidad de tipo civil. Por lo que la pena privativa de la libertad que ha sido establecida en el país desde el Siglo XX, hasta la actualidad, para la persona deudoras de varias pensiones alimenticias, no le puede ser atribuida a partir de una responsabilidad penal, lo cual denota un claro error jurídico, ya que es impuesta desde el campo del Derecho civil.

Los alimentos y las respectivas obligaciones que han regido en la normativa ecuatoriana en el transcurso de los años, los han identificado como simples obligaciones de carácter civil, por lo que las deudas vinculadas a estos son deudas civiles, por lo que, su incumplimiento no puede ser considerado una infracción penal, desde el ámbito de la doctrina jurídica y la respectiva lógica parte este planteamiento. No obstante, la realidad ecuatoriana obedece a otras circunstancias, es decir que en el país una persona puede ser sancionada con la pena privativa de la libertad por la materialización de un hecho delictivo establecido así en la ley penal, ya sea por acción u omisión, lo cual conduce a que la persona sea penalmente responsable²¹⁸, pero el individuo también puede ser sancionado con pena de prisión (BAJO LA FIGURA DEL APREMIO PERSONAL) por adeudar pensiones alimenticias, cuya obligación acarrea una responsabilidad civil, y no

²¹⁷ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014/ *Código Orgánico Integral Penal- COIP*.

²¹⁸ *Ibidem*.

penal, lo que se puede considerar jurídicamente incorrecto y contraproducente al afectar los derechos fundamentales, a pesar de las variadas justificaciones emergidas para su ejecución.

El tratamiento brindado a los adeudos respecto a las pensiones alimenticias puede ser calificado de negligente al regular una prisión cuyo origen es civil. Primeramente, hay que destacar que esta obligación de otorgar alimentos a los hijos fue establecida en primer lugar en el Código civil ecuatoriano²¹⁹, donde se recoge el orden en que dichos alimentos pueden ser reclamados²²⁰, y se establece la respectiva clasificación de estos en forzosos y voluntarios, en lo que llega a derivarse la responsabilidad económica correspondiente. En el supuesto de que surja un incumplimiento relacionado con cualquier obligación por alimento, existe el derecho del acreedor de dicha obligación a demandar su pago ante el órgano de justicia competente, donde deberán ser fijadas las pensiones alimenticias a abonar por el alimentante. Conforme a ello al presentarse varias deudas el juez en la práctica jurídica ecuatoriana ha convertido al apremio personal en un mecanismo que contrarresta la deuda alimenticia, por lo que la prisión por deudas civiles ha sido permitida sin mayores contemplaciones en la práctica judicial ecuatoriana.

Este actuar por parte de los órganos de la administración de justicia puede ser considerado un estereotipo que no ha brindado una solución certera ante la necesidad que posee el menor de edad de recibir alimentos. Esto significa que el alimentante deudor que es confinado a una prisión sigue sin cumplir dicha obligación, y el núcleo familiar llega a ser fragmentado en mayor medida. En acápites anteriores donde se ha analizado la prisión por deudas de alimentos, se puede apreciar su origen constitucional, es decir, que su reconocimiento en estos textos ha impulsado su posterior tratamiento en la norma civil, al considerarla una necesidad ante el incumplimiento de obligaciones alimenticias para con los menores de edad.

Respecto a la prisión por deudas de pensiones alimenticias, se han desarrollado varios criterios por parte de los órganos que integran la administración de justicia ecuatoriana. De tal manera se destaca la labor desarrollada por el Tribunal Constitucional,

²¹⁹ En la actualidad rige en el Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005/*Código Civil- CC*.

²²⁰ *Ibidem*.

hoy Corte Constitucional del Ecuador, ejemplo de ello fueron las consideraciones surgidas ante la negativa en las apelaciones para solicitar el recurso de *habeas corpus* en los casos de pensiones alimenticias, donde el órgano de justicia recalcó que el impago de estas pensiones no constituía un delito en el país, de tal manera que se cuestionó en el marco de la legalidad la prisión por alimentos, y además señaló que:

“(…) tal prisión podría convertirse en indefinida y que además la misma no ha servido para generar el pago de la pensión alimenticia adeudada, puesto que una vez que el obligado pierde su libertad, las posibilidades de garantizar la alimentación del niño, quedan notoriamente reducidas (...)”²²¹.

Estos criterios no fueron tomados en cuenta para las posteriores reformas que fueron implementadas a la norma sobre menores, ya que la prisión por alimentos se mantuvo. La materialización de la prisión no solo estuvo dirigida a los progenitores sino también a las personas que eran obligados de forma subsidiaria lo cual violaba los principales y elementales derechos humanos, esto en la actualidad ha sido eliminado. La aplicabilidad del apremio personal y como consecuencia la prisión por deudas alimenticias no puede estar respaldado en el respeto y cumplimiento del interés superior del niño, este principio no debe ser utilizado como pretexto para “legalizar” la prisión civil.

Es necesario reiterar que la obligación de responder, en el ámbito de la capacidad que posee cada persona, ha constituido un tema que ha sido profundamente estudiado en la doctrina jurídica, pero que sido dotado de cierto valor práctico marcado por la relatividad. Esto se manifiesta en el surgimiento de una concepción inadecuada y equívoca de la responsabilidad en el impago de la pensión alimenticia, lo que ha generado una confusión en su tratamiento, y entre lo que realmente representa la responsabilidad civil y la responsabilidad penal. Es así que la prisión de origen civil ha estado influenciada por una concepción errada, y ha tenido como principal fin proteger los derechos del menor de edad, pero a su vez no ha logrado resultados positivos, por lo menos en el Ecuador.

²²¹ Suplemento del Registro Oficial del 14 de agosto de 2008.

4. Requisitos para el proceso penalizador

El desarrollo de un proceso penalizador por la presencia de deudas en cuanto a pensiones alimenticias, parte de la ejecución de un juicio por alimentos. En aquellas legislaciones donde el impago de alimentos es considerado un delito, esta conducta delictiva se llega establecer, a partir de una situación en la cual el progenitor, que por medio de una sentencia se encuentra obligado a pagar la pensión de alimentos, no realiza ninguna acción en cumplimiento de lo establecido en la resolución judicial. Dicho incumplimiento deberá ser prolongado en el tiempo, o sea, deberán transcurrir algunos meses de forma continua, de esta forma se estará incurriendo en este tipo delictivo²²².

Sobre este tipo de delito en la doctrina jurídica española se ha llegado a considerar que:

“El delito de impago de pensiones de alimentos se produce en el momento en el que el progenitor que por sentencia está obligado a pagar la pensión de alimentos de un hijo común no realiza ningún, durante tres meses seguidos, o cuatro no consecutivos, caso en el que estará cometiendo un impago calificado como delito, además de la comisión del delito penal, por lo civil se adeudará la cantidad que corresponda que podrá ser embargada de los bienes del deudor son acogerse a las cantidades mínimas inembargables que no son de aplicación, pues no tienen que sujetarse a ningún mínimo inembargable”²²³.

Acorde al criterio de este tratadista español, estipula que el impago de alimentos acarrea la imposibilidad económica a la que se enfrenta el alimentante, esto puede estar motivado por diversos factores tales como la carencia de trabajo o la presencia de una economía doméstica, donde el progenitor que ostenta la custodia deja de contribuir con el pago de la pensión alimenticia hacia sus hijos, cuya obligación además que fijada en la propia resolución. Como parte de las acciones que pueden ser ejecutadas ante el

²²² En países como España el impago de pensiones alimenticias es establecido como delito en la norma penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del *Código Penal*, Art. 227.

²²³ LÓPEZ, A. *El delito de impago de pensiones alimenticias*. Editorial: Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativo de Justicia. Barcelona, 2014, p. 18.

incumplimiento del pago de alimentos se destaca la jurisdicción civil como un mecanismo para que el alimentante cumpla.

La situación aquí descrita no se aplica a la realidad normativa que predomina en el Ecuador. Primeramente, el impago de alimentos por concepto de pensiones alimenticias a menores de edad no está tipificado como delito en la norma penal, en este caso el Código Orgánico Integral Penal. No obstante, se puede señalar que la consideración como un delito del impago de alimentos, debería contar con un periodo de 6 meses máximo, antes de dicho tiempo deberían ser agotados todos los mecanismos que ofrece la vía civil.

Estos problemas de índole económico y familiar están relacionados directamente con el funcionamiento del núcleo familiar. En el supuesto de las contradicciones generadas que pueden desarrollarse en la familia, se contraponen el predominio de un modelo ideológico familiar armónico, coherente, y estable, lo cual no resulta del todo cierto, ya que en el transcurso de los años se ha evidenciado un aumento de los divorcios en el país²²⁴, y con ello la inestabilidad y transformación de roles, por lo que se ha desarrollado una diversidad entorno al marco formal y conceptual de la familia²²⁵. Conforme a esto las pensiones alimenticias se relacionan a las separaciones de las parejas o matrimonios donde existen hijos menores de edad, y el pago de las mismas puede ser decretada por el juez respectivo a partir de la materialización de un proceso judicial. Son múltiples las dificultades que surgen respecto a la materialización y pago de las pensiones alimenticias, ya sea por parte del demandante o por el demandado, por lo que el Estado tiene la obligación de fijar acciones efectivas para mitigar, y brindar una solución a estos males.

El proceso penalizador destinado al impago de las pensiones por alimentos no debería desempeñar un rol protagónico en la práctica civil ecuatoriana, donde el apremio personal sobre el alimentante se ha convertido en el instrumento fundamental para hacer

²²⁴ En el 2015 se registraron 25.692 divorcios frente a 11.725 del 2005, un incremento de 119,1%. Mientras, el número de matrimonios cayó 8,9% al pasar de 66.612 en el 2005 a 60.636 del 2015, según los últimos datos del Anuario de Estadísticas de Matrimonios y Divorcios publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC).

²²⁵ BENÍTEZ, M. *Incumplimiento por el pago de pensiones*. Editorial: Centro de Ciencias Sociales de Mazatlan. México D.F, 2012.

cumplir las obligaciones alimentarias. Esta problemática en el país no ha logrado visibilizarse de manera adecuada, por lo que las bases aun no son establecidas, para lo que deberá ser tomado en cuenta la percepción de la familia donde existen estos conflictos.

En los ordenamientos jurídicos de otros países se ha llegado a establecer de manera clara las sanciones ante el incumplimiento de la obligación de alimentos, y se han fijado los límites en el marco de la norma civil y la norma penal. Algunas de las acciones adoptadas, en la legislación comparada son: la imposición de multas, y la materialización de un procedimiento de ejecución sobre los bienes del obligado con el objetivo de que estos satisfagan las cantidades adeudadas. En las siguientes ilustraciones se puede apreciar la cantidad de juicios por alimentos desarrollados en el Ecuador, en periodos de tiempo determinados, así como la situación a la que se enfrentan los padres en el país, en el caso de deudas de alimentos:

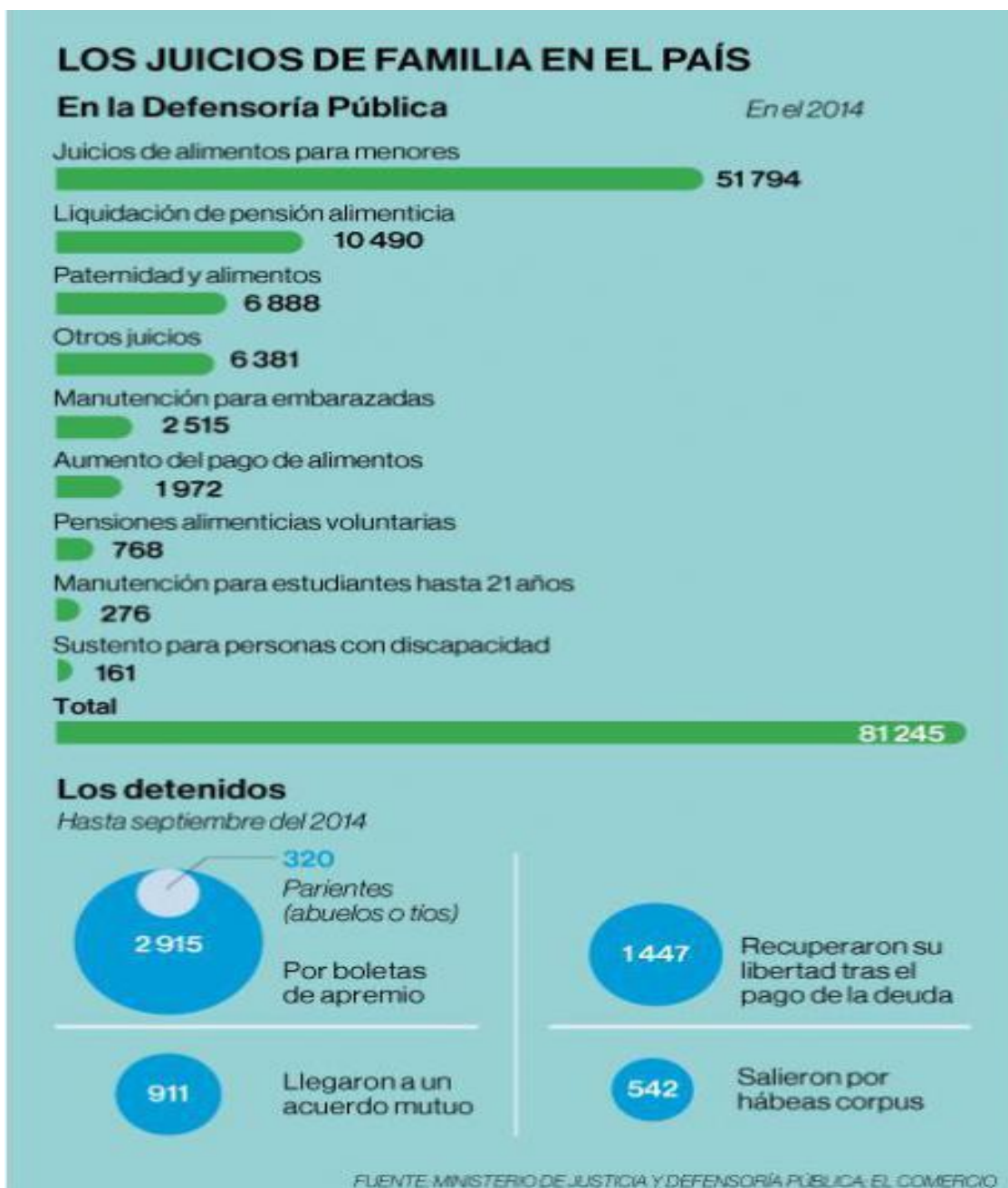


Ilustración 2. Juicios en materia de familia (periodo: 2014)

Actualmente desde el 2014 a septiembre del 2018 por temas de familia han ingresado 92.884 causas

Fuente: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

Situación de los padres en Ecuador

En 2014, en el territorio nacional, se registraron 92.233 causas por pensiones alimenticias; mientras que en 2015 fueron 77.032.



Está vigente el Sistema Único de Pensiones Alimenticias (SUPA) para que los padres puedan pagar a través de las agencias articuladas. Tanto las empresas públicas como privadas, que son agentes de retención, deben vincularse al SUPA, de tal manera que desde la empresa se acredite a la cuenta de quien reciba la pensión del hijo.

Fuente: Centro de Mediación de la Función Judicial

Derecho de alimentos



Corresponde principalmente a las madres y padres de familia cubrir la alimentación nutritiva, educación, recreación, vivienda, rehabilitación y cuidados.

¿Quiénes tienen derecho a alimentos?

- Los niños, niñas y adolescentes.
- Hijos con discapacidad.
- El mayor de edad hasta los 21 años, que justifique que está cursando estudios en cualquier nivel educativo.
- Mujeres embarazadas.

¿Quién puede presentar una demanda de alimentos?

Un familiar o la persona mayor de 15 años, que tenga judicialmente el cuidado de la niña, niño o adolescente.

¿Cómo se puede cobrar la pensión?

Mediación

Este proceso posibilita un acuerdo no judicial entre las partes. La resolución tiene los mismos efectos que la emitida por un juez o jueza.

Juicio

Este proceso se debe realizar ante un juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

No se requiere de un abogado. Sin embargo, la Defensoría Pública y los consultorios jurídicos gratuitos de las universidades del país ofrecen auspicio sin costo.

¿Desde cuándo se cobrará la pensión?

Desde que se presenta la demanda judicial o se llega a un acuerdo en un centro de mediación. El pago no es retroactivo.

¿Cuándo se paga la pensión?

El demandado deberá pagar un total de 14 pensiones alimenticias al año, incluyendo el proporcional del decimotercero y decimocuarto sueldo, los primeros días de cada mes.



¿En qué momento el demandado puede ser detenido?

Si el demandado no paga dos pensiones consecutivas, el juez podrá ordenar la prisión provisional a petición de la parte.

¿Cuándo se deja de recibir la pensión?

- Por la muerte del derecho habiente
- Por la muerte de todos los obligados al pago



¿Se puede pedir rebaja o aumento de pensión?

El trámite se lo puede realizar en caso de que las circunstancias que generaron la resolución hubieran cambiado.



Fuente: Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES)

Ilustración 3. Situación de los padres en el Ecuador (periodo: 2015-2016)

Fuente: Consejo de la Judicatura.

En el caso del procedimiento judicial establecido en el ordenamiento legal ecuatoriano este llega a ser establecido de la siguiente forma²²⁶:

1. Presentación de la demanda ante los Juzgados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.
2. Se realiza un sorteo de la causa, y una vez que es designado el juez correspondiente este deberá calificar, aceptar y proceder a la citación, en el caso contrario deberá ordenarse su complementación.
3. El magistrado tiene la responsabilidad de establecer el día y la hora para materializar la audiencia única, en la cual deberán ser practicadas las pruebas anunciadas.
4. Esta audiencia deberá ser conducida de forma personal por el juez, el cual le dará inicio promoviendo un posible acuerdo conciliatorio, que en el caso de existir será aprobado en la misma audiencia, y la ley establece los términos de juzgamiento. Posteriormente en el caso de no existir conciliación se procederá a las pruebas y los alegatos.
5. Una vez que son presentadas las pruebas en la audiencia, el juez deberá escuchar de manera reservada la opinión del menor de edad sujeto del conflicto y por tanto del proceso.
6. Una vez que ha concluido la etapa procesal el juez emitirá la resolución, cuya apelación procederá en efecto no suspensivo.

5. Manejo carcelario de las personas privadas de la libertad (PPL) por alimentos.

La problemática de aquellas sentencias judiciales a través de las cuales se aplica una pena privativa de la libertad larga o corta recae en la temporalidad que se le concede al sistema penitenciario para abordar este problema de forma individual y que posee una naturaleza psicosocial, cuya conducta delictiva ha sido exteriorizada en procesos determinados para intentar la adaptación al entorno inherente de un sistema penitenciario. Cuando una persona es insertada en un ambiente social diferente al que estaba

²²⁶ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015/ *Código Orgánico General de Procesos- COGEP*.

acostumbrado, resulta lógico el desarrollo de una alteración práctica de su conducta, es por ello que se impone la necesidad de establecer mecanismos de observación y clasificación hacia los internos.

Cabe agregar que en el sistema penitenciario se pueden presentar ciertos factores negativos, en el infractor o PPL, ejemplo de ello es el denominado “síndrome de prisionalización”, cuyos efectos son principalmente psicológicos, tal es el caso del posible desarrollo de una neurosis, acarreada además por la pérdida de la privacidad o intimidad, el estrés, la pérdida de las relaciones afectivas, la pérdida del prestigio social e incluso la autoafirmación de “delincuente” como etiqueta social. Otros problemas que se han manifestado en el sistema penitenciario, es el manejo desigual en la propia infraestructura carcelaria, ya que puede no existir una capacitación uniforme del personal y condiciones físicas de las instalaciones diversas.

En la doctrina penal algunos autores han precisado que el desarrollo y ejecución del tratamiento penitenciario tenga como base la opción humana, para que a partir de dicha base pueda ser atendido el problema de la criminalidad y la posible reincidencia²²⁷. Si se analiza la libertad a partir de la pirámide de Maslow o jerarquía de las necesidades humanas, se puede concebir este valor como uno de los que ocupa una posición principal en el ser humano, que llega a ser altamente estimado a través del tiempo; en relación con esto alguno de los fenómenos que llegan a gestarse a partir de la privación de la libertad son:

- La inutilidad del tratamiento penitenciario.
- La adopción o afinidad hacia grupos sociales criminógenos.
- La pérdida del arraigo.
- El incremento de la peligrosidad.

Estos elementos condicionados por el tipo de sanción penal se encuentran acompañados por estados en las PPL donde puede predominar la resignación social, la autoestima baja al considerar que pertenecen a una comunidad catalogada como

²²⁷ ORTEGA, Á. E., & MANZANOS BILBAO, C. “Medidas para fomentar el empleo de las personas que han sido privadas de la libertad”. *Revista de Derecho de la UPV/EHU*, junio 2013, pp. 53-88.

“delincuencial”, y el enfrentamiento a un posible, o más bien, un seguro rechazo por parte de la sociedad.

Ante los elementos aquí mencionados, que son comunes a todo sistema penitenciario de cualquier país, en el caso específico del sistema penitenciario ecuatoriano, se erige una historia y funcionamiento de la infraestructura carcelaria marcada por el abandono y la violación de los derechos fundamentales de las PPL. Esto se ha manifestado en la carencia de un personal calificado para el manejo de los internos, el continuo fracaso en los intentos por reinsertar socialmente a las PPL, la falta de instalaciones penitenciarias adecuadas que permitieran esa rehabilitación social, condiciones de hacinamiento de las PPL, por solo destacar los principales problemas que predominaron en el sistema penitenciario ecuatoriano.

Este panorama estuvo sujeto a cambios positivos, con la aprobación del Código Orgánico Integral Penal, en el cual se reconoce la ejecución de las penas bajo los parámetros de un Sistema Nacional de Rehabilitación Social²²⁸. La lógica indica que las políticas desarrolladas para el manejo carcelario de las PPL deberán estar en correspondencia con los fines de este sistema. Toda política ejecutada en el manejo de las PPL, deberán estar enfocadas al mejoramiento del sistema de rehabilitación social en el país, y se basará en principios constitucionales como la equidad y en la justicia, puesto que ambos valores son los que se pretenden inculcar en la persona privada de la libertad. Se puede considerar que esta política penitenciaria que el gobierno ha impulsado debe estar enfocada en una política criminal integral que contribuya a la transformación económica, política y a una mejora en la estructura social.

Hay que ser conscientes de que la misión del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos, es por este motivo que debe ser empleado como la última *ratio*. A esto debe agregarse que la rehabilitación social de las personas privadas de la libertad es una relación que se establece entre el Estado, los diferentes elementos de su aparato de poder, los funcionarios penitenciarios, los trabajadores sociales, los abogados y los reclusos; la

²²⁸ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014/ *Código Orgánico Integral Penal- COIP*.

cual se da dentro de un espacio social, marcado por elementos políticos, sociales, culturales y económicos semejantes a los existentes en la sociedad.

Si se analiza la realidad a la que ha estado expuesto en la práctica la PPL por alimentos, se evidenciará un tratamiento contrario a lo que se presume debe existir en el sistema penitenciario ecuatoriano, presuntamente sujeto a valores elementales y el predominio del respeto por los derechos fundamentales del reo. La situación de la PPL por deudas de alimentos se caracteriza por presentar diversas características, que a su vez se relacionan con la decisión emitida por el juez. Primeramente, la prisión puede ser aplicada de manera provisional, para lo cual existen centros de privación provisional²²⁹, en los que deberá permanecer la persona, a partir del establecimiento de una medida cautelar, como es el apremio personal en caso de deudas por alimentos a menores de edad. En segundo lugar, están los centros de rehabilitación social²³⁰ destinados a las PPL donde la pena ha sido establecida por medio de una sentencia condenatoria.

El manejo de una PPL por deudas de alimentos en ambas situaciones debe estar regida por el respeto de sus derechos fundamentales, lo cual no se cumple del todo ya que llegan a ser colocados con presos comunes, y en algunos casos pueden estar sometidos al riesgo de interactuar con personas que tienen una alta peligrosidad. Cuando el sujeto obligado al pago de la pensión alimenticia se enfrenta al medio carcelario, choca con todas las condiciones antes descritas, que representan lo que significa estar privado de la libertad.

A pesar de que el apremio personal no constituye una pena, pues no proviene de una condena, es el resultado de un incumplimiento por parte de los obligados al pago de la pensión alimenticia, que produce los efectos parecidos a una condena o una pena, ya que, en definitiva se produce la privación de la libertad, no es producto de una sentencia. Por otra parte, sólo los jueces penales están en posibilidad de dictarlas, la ordena un juez de lo civil en base a un requerimiento de pago y un mandamiento de pago que es diferente a una sentencia condenatoria. Sin embargo, su cumplimiento tiene las mismas características de la privación de la libertad por el cometimiento de delitos, es por eso que

²²⁹ *Ibidem.*

²³⁰ *Ibidem.*

el apremio personal se cumple en locaciones diferentes a los delincuentes, tratando de marcar la diferencia entre los privados de la libertad por delitos de aquellos a los que se le ha ordenado al apremio personal.

No obstante, tampoco se cumplen las políticas de ejecución de penas ya que definitivamente no es delito, ni los padres morosos son delincuentes.

6. Diferencias entre: desacato, apremio personal y prisión

En lo que respecta al desacato su definición está enmarcada en su consideración como un hecho delictivo, sobre ello se ha llegado a considerar que:

“Delito configurado por el hecho de provocar a duelo, amenazar, injuriar o de cualquier modo ofender en su dignidad o decoro a un funcionario público, a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas. La pena se agrava si el ofendido fuere el jefe del Estado, un miembro del Congreso, un gobernador de provincia, un ministro o un juez”²³¹.

Conforme a esta definición se puede agregar que la concreción del desacato como un delito viene determinada por una idea desarrollada, en la que los órganos del Estado por el simple hecho de ostentar esa categoría deben ser merecedores de confianza y respaldo por parte de la sociedad civil, acorde con esta idea, los funcionarios públicos deben tener la posibilidad de ejecutar su trabajo sin exigencias perturbadoras y solicitudes de información desmedidas. Esta figura delictiva puede ser apreciada en la normativa penal, principalmente en lo que es calificado como “delito contra la administración pública” y es tomado en cuenta como una de las variantes que pueden ser utilizadas en atentados perpetrados contra los servidores públicos.

La particularidad que posee este delito como parte de los hechos cometidos contra la administración pública, es que se trata de un delito de opinión, donde la expresión de opiniones que lleguen a resultar en una ofensa puede ser acreedora de un reproche penal.

²³¹ OSSORIO, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial: Datascan. Ciudad de Guatemala, 2014, p. 314.

Su subjetividad y posible ejercicio abusivo ha generado varias recomendaciones por parte de organismos internacionales, donde se aboga por su eliminación como hecho delictivo.

En el caso del apremio personal, en términos generales se puede afirmar que el apremio es la acción y efecto de apremiar, o sea, apretar, obligar, dar prisa a determinada persona para que realice algo. Desde el campo del derecho el apremio es considerado como:

“Acción y efecto de apremiar, de compeler a alguien para que haga determinada cosa. | También, andamiento de autoridad judicial para compeler al pago de alguna cantidad o al cumplimiento de otro acto obligatorio. | Procedimiento sumario para la ejecución de ciertos créditos líquidos o sobre cosas fungibles, así como para la ejecución de cosas determinadas. | Procedimiento ejecutivo que siguen las autoridades administrativas para el cobro de impuestos o descubiertos a favor de la hacienda pública o de entidades a que se extiende su privilegio. Couture dice que es vía sumaria de ejecución, más breve y rigurosa que la del juicio ejecutivo (v.)”²³².

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, específicamente en la norma procesal civil, el apremio es considerado como una medida de carácter coercitivo que es ejecutada a partir de la potestad que tienen los jueces, para que las decisiones emitidas por estos sean cumplidas²³³, lo que se conoce como jurisdicción como la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Cuando se hace referencia al apremio personal, en materia de alimentos, la doctrina jurídica civilista ha adoptado una posición común y coincidente, donde apremiar es compeler, forzar, obligar al progenitor a que realice el pago económico por el incumplimiento de la obligación de la pensión alimenticia²³⁴, donde la norma legal ha llegado a fijar la prisión como una fuerza para que el pago se materialice.

En lo que se refiere a la naturaleza jurídica del apremio personal, esta se identifica como una medida de compulsión, presión o fuerza, donde su objetivo está enmarcado en

²³² OSSORIO, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales...* op., cit., p. 81.

²³³ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015/ *Código Orgánico General de Procesos- COGEP*.

²³⁴ BAÑUELOS SÁNCHEZ, F. *El derecho de alimentos y tesis jurisprudenciales...* op., cit., pp. 58-61.

que el deudor alimentario llegue a cumplir con su obligación, esta última es calificada como incumplida en el proceso judicial correspondiente. A pesar de que se persigue un objetivo material, el apremio personal es concretado por medio de la privación de la libertad, medida que no llega a ser concretada como una pena.

Cuando se trata de identificar la razón de ser de la prisión esta llega ser posicionada como una medida de control social, y no como la simple instalación penitenciaria donde deben convivir por determinado periodo de tiempo determinada personas de diferente género, que son identificados por haber violado una norma de Derecho penal. Dentro de los conceptos elaborados respecto a la prisión se la define como: “Establecimiento carcelario donde se encuentran los privados de libertad por disposición gubernativa o judicial. | Nombre de una pena privativa de libertad, de duración y carácter variables de un país a otros”²³⁵.

El estudio del origen de la prisión debe enfocarse en su parte medular, para poder brindar una respuesta al porqué de su creación, lo cual recae en que llegó a constituir para el Estado el único medio de control, que infringía temor, y que a su vez magnificaba la figura del Estado. En la actualidad se sigue optando por la pena privativa de la libertad y por la persona que delinque, es decir que se le otorga prioridad a la prevención especial y no a la prevención general, esta última conlleva al desarrollo de un trabajo preventivo y control social. A modo de conclusión se puede afirmar que las diferencias entre desacato, apremio personal y prisión son claras, resultando ser la primera un hecho delictivo en los delitos contra la administración pública, el segundo una acción o medida coercitiva para alcanzar un propósito, y en el caso de la prisión una medida de control social que contribuye a mantener el equilibrio en la sociedad y alcanzar la convivencia.

7. Contradicciones legislativas con la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal respecto a la prisión en actos civiles

En cuanto a las contradicciones legislativas que se ponen de manifiesto entre la norma constitucional y la ley penal en materia de prisión por actos civiles, cabe destacar lo recogido en el Art. 66, numeral 29, inciso c) de la Constitución, donde se señala lo

²³⁵ OSSORIO, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales...* op., cit., p. 771.

siguiente: “Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias”²³⁶. En este precepto legal puede apreciarse, el claro reconocimiento de la excepción que representan las deudas por pensiones alimenticias para aplicar la medida privativa de la libertad al deudor o alimentante. Razón por la cual, en principio debe entenderse que aquel que le debe a un menor de edad, este último considerado una persona de atención prioritaria y garante del principio de interés superior²³⁷, deberá asumir su responsabilidad con medidas excepcionales que implica la prisión por deudas.

En este sentido representa contradicción el establecimiento de la prisión por deudas alimenticias si se compara con lo regulado en el COIP, donde en esta norma legal no se contempla como figura delictiva, ni tampoco como una contravención el no pago de las deudas alimenticias. Es por ello, que en el desarrollo de esta investigación se ha sostenido la postura de que el no cumplimiento de este tipo de obligaciones civiles no representa un delito ni una contravención. Acorde a esto, ha de ser entendido, en principio, que una deuda de origen civil conlleva efectos de carácter penal, donde a título de apremio personal llega a ser materializada la prisión bajo los mismos parámetros aplicados a los infractores de la ley penal. Este proceder puede ser catalogado como no coherente respecto a la garantía constitucional antes expuesta, por lo que se puede decir que a partir de esta regulación de la prisión por concepto de deudas alimenticias se genera una especie de antinomia entre ambas leyes.

Al respecto, la Corte Constitucional de Ecuador, en el fallo emitido en el mes de mayo del año 2017, se pronunció sobre este asunto. De esta manera, cabe plantearse la interrogante de si resulta ser legítima la excepción establecida de aplicar la prisión en materia de impago de pensiones alimenticias, bajo la figura del apremio personal. Este tipo de medida no puede calificarse como preventiva, y tampoco como el resultado obtenido a partir de dictaminar una condena, ya que no es una consecuencia directa del desarrollo de una acción penal y por lo tanto no es una sanción impuesta a partir de la ejecución de un hecho delictivo.

²³⁶ Ver en referencias bibliográficas *Constitución de la República del Ecuador* de 2008

²³⁷ *Ibidem...* Art. 44.

De igual modo, habría que partir del propio principio de legalidad y de su esencia, donde se considera que si determinado hecho se encuentra regulado en la ley resulta ser legítimo, a la vez se evidencia como una reafirmación de la legalidad si se reconoce específicamente en la norma suprema, la cual rige el funcionamiento del ordenamiento jurídico de cualquier país. No obstante, respecto a la prisión por el no pago de la pensión alimenticia, más allá de considerar si este tipo de medidas es de utilidad para aquellos fines que se pretenden perseguir, su cumplimiento puede representar una agravante para la posibilidad de llegar a procurar los medios económicos que se requieren para el cumplimiento de este tipo de obligaciones.

Este tipo de contradicción se agrava en su aplicación. Puesto que quien dictamina el apremio personal es un juez de lo civil, que a partir de la disposición aprobada, le acarrea un efecto penal ante la privación de libertad de la persona que ha incumplido con el pago de la pensión. Dicho esto hay que agregar que un juez de lo civil no tendría la competencia requerida para ordenar un arresto, puesto que este tipo de actuación corresponde sólo a los jueces que trabajan en materia penal. Por otra parte, la ejecución del está basada no porque debe ser arrestada dicha persona, sino por el simple hecho de que no ha pagado la pensión respectiva, cuya conducta representa un peligro para la vida de los hijos, o sea, porque se incumple con la obligación que se posee en la posición de alimentante, ante el inminente abandono de sus descendientes. A pesar de que esta medida de apremio personal posea todos los parámetros y características de una medida de privación de libertad de carácter penal.

Hay que agregar, lo dispuesto en el Art. 76, numeral 3, de la norma constitucional donde se señala lo siguiente:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”²³⁸.

²³⁸ *Ibidem*.

En este precepto constitucional se llega a exponer con claridad la contradicción legal y constitucional antes expuesta. En este sentido, se llega a consagrar el principio de tipicidad donde a partir del cual determinado hecho deberá estar escrito en la ley, donde a la vez se erige como resultado el principio de *nulla poena sine lege*, por lo que dicha contradicción se pone de manifiesto en la ejecución del apremio personal, como medida privativa de la libertad por un hecho que no es calificado como delito o infracción.

8. Análisis de la Sentencia No. 012-2017-SIN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador

El presente es un análisis de la sentencia en referencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador publicada en el Registro Oficial Edición Constitucional año I. No I del miércoles 31 de mayo del año 2017. (Ver Anexo No. 2)

Esta sentencia tiene como antecedente las acciones públicas de inconstitucionalidad por el fondo de los Arts. 23 y 24 de la Ley Reformativa del Título V, libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia tendientes a modular los efectos constitucionales de las medidas de apremio personal tanto para los directamente obligados a pagar una pensión de alimentos, como de los obligados subsidiarios, haciendo énfasis al apremio personal y prohibición de salida de país de los obligados subsidiarios, como a la antonimia de la prisión por deudas de los obligados principales de las obligaciones alimenticias.

En este contexto la sentencias hace su análisis de las acciones propuestas recogiendo los fundamentos de hecho y de derecho de los accionantes especialmente a la demostración de la capacidad económica de los obligados principales así como también de las excepciones a dichas obligaciones iniciando a reproducir los textos de las normas legales impugnadas a pesar de que algunas de ellas ya fueron motivo de reforma especialmente del Art. 23, 24, 25 y 27 de la Ley que reforma el título V, libro II del código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el Registro Oficial suplemento, Nro. 643 del 28 de julio del 2009, en relación a la prohibición de dictar la prohibición de salida del País, como medida de apremio personal solo para los obligados directos a satisfacer el derecho de alimentos., hecho jurídico registrado en el Art. 137 y 138 del Código Orgánico General de Procesos, publicado en el Registro Oficial No. 506, del 22 de mayo

del 2015, en donde queda establecido que únicamente se podrá ordenar la prohibición de salida del país como apremio personal a los obligados directos del pago de dicha obligación.

Para los accionantes, la acción propuesta, tiende a declarar la inconstitucionalidad de la disposición contemplada en el Art. 66 de nuestra Constitución numeral 29, por el hecho de que no puede existir prisión por deudas aún las derivadas de pensiones alimenticias no cubiertas que al decir de los accionantes violaría el derecho a la libertad, entre otros. Afirman que las obligaciones solo se contraen por acto voluntario de las partes libre de vicios y no contemplan la existencia de obligaciones por disposición de la ley.

En segundo lugar la Corte recoge el argumento de que se estaría incumpliendo por parte del Estado la garantía de los integrantes de una familia como son la maternidad y paternidad responsables, puesto que la obligación de pagar alimentos es de los dos progenitores. Por lo tanto esta obligación no sería extensiva a los abuelos y abuelas del menor al instituirlos como obligados subsidiarios.

Aducen que no existe seguridad jurídica al no tipificar la palabra cuidado de los menores y al hablar de tenencia o patria potestad de los menores lo que al decir de los accionantes violaría el principio de seguridad jurídica por el hecho de que si el alimentado vive bajo el mismo techo que el alimentante se supone que tiene también la tenencia y la patria potestad.

Así mismo uno de los accionantes impugna la falta de obligación de rendir cuentas del dinero que entrega el alimentante al otro progenitor a cuyo cuidado se encuentre el menor a fin de fiscalizar su correcto uso e inversión en la manutención y cuidado, lo que no garantiza el interés superior del niño como describe a los alimentos el Código Orgánico de la Niñez y adolescencia.

Afirman los accionantes que el apremio personal por el incumplimiento de obligaciones alimenticias no es una medida proporcional para garantizar el derecho de los menores y que se afecta el derecho de los progenitores puesto que el apremio personal no ha logrado convenientemente su fin ya que al ser privado de la libertad, el progenitor no puede generar recursos suficientes que le permitan cumplir con sus obligaciones y que el

Estado no diferencia entre los padres que en realidad no pueden cumplir sus obligaciones por su situación económica de aquellos que teniendo recursos y medios por medio de artificios las burlan por lo que consideran que existe falta de proporcionalidad al ordenar el apremio personal indiscriminadamente.

Adicionalmente señalan que el apremio personal no es una medida idónea puesto que la privación de la libertad ha generado efectos negativos como es la pérdida de empleos o la limitación de obtener uno, en detrimento del derecho de los alimentantes.

Que en el derecho comparado se ha demostrado que existen otras medidas para garantizar el pago de las pensiones de alimentos por lo que como está dispuesto el apremio personal tampoco cumpliría con el principio de necesidad. Consideran que la restricción del derecho a la libertad de tránsito no guarda proporcionalidad con el derecho de alimentos por lo que consideran que el apremio personal no cumple definitivamente con los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Por parte del Estado Ecuatoriano como legitimado pasivo, por intermedio de la Asamblea Nacional dicen que es deber del Estado proteger a la familia puesto que así como el derecho de percibir alimentos no es exclusivo de los menores de edad sino de otros miembros de la familia que lo necesiten lo que determina la figura de los obligados subsidiarios. Alegan el principio de la pro-constitucionalidad de la ley y que se presume la constitucionalidad de las leyes como principio de que no puede existir una ley que se oponga a la constitución como norma suprema en el Ecuador.

Que el apremio personal no es discriminatorio pues pueden dictarse en contra del género masculino como del femenino pues los dos son obligados principales y que el juez si puede pedir la rendición de cuentas de la administración de los dineros entregados como pensión de alimentos.

Que si existe proporcionalidad en la medida de apremio, pues no solo en la legislación nacional sino que también en la internacional protege un derecho constitucionalmente valido como es el interés superior del niño.

Por parte de la Presidencia de la República se argumenta de la prisión por deudas alimenticias consta en nuestro ordenamiento jurídico des 1946 y que es una figura legal

como obligación tanto de los padres como de otros miembros de la familia puesto que protegen el derecho a la vida de los menores y que las medidas de apremio tanto reales como personales son mecanismos jurídicos a través de los cuales los jueces pueden alcanzar que se ejecuten y se cumplan con las resoluciones y que tienen por objeto garantizar el interés superior del niño por lo que esas medidas no pueden ser inconstitucionales.

Que la privación de la libertad en el caso de pensiones alimenticias atrasadas está permitida por el Art. 66 numeral 29 de la constitución y que el Art. 76 y 77 de la carta magna regula *in extermis* el derecho de libertad que su privación se aplica como excepción, sin embargo afirma el secretario general jurídico de la presidencia que el apremio personal no ha servido para procurar el pago de la pensión alimenticia ya que al ser privado de la libertad el obligado pierde la capacidad de garantizar la alimentación del niño al no poder generar recursos económicos.

Además manifiesta que el apremio personal en algunos casos es deficiente puesto que si bien el objeto que persigue es importante, la prisión por largos periodos de tiempo impide que se pueda proteger a los menores con el pago de esas obligaciones. Y pide que se dicte una sentencia moduladora que contemple los dos derechos tanto el de libertad de los alimentantes como el derecho de alimentos de los menores.

Notemos el cambio de posición del Secretario General jurídico de la Presidencia, Dr. Alexis Mera, en el cual ya no se opone a las demandas presentadas, sino que incluso se allana a las mismas, considerando que el apremio personal no ha servido para el objeto que fue creado.

Sin embargo nada dice respecto a las otras medidas alternativas que aseguraría el pago de dichas pensiones atrasadas, ni menos de cuales efectivamente asegurarían el derecho de los menores, pues únicamente se estaría velando por los derechos de los padres morosos, mientras que el niño seguirá sujeto a que las condiciones económicas de su padre cambien.

Igual criterio maneja la Procuraduría General del Estado aludiendo la falta de proporcionalidad de la medida de apremio personal y afirma que bajo ese principio se

evite eventuales excesos en su aplicación y solicita igualmente se dicte una sentencia moduladora permitiendo la permanencia de la figura del apremio personal si dar solución a la misma antinomia ni al problema de no pago de las pensiones alimenticias. Nótese que es el mismo criterio del Secretario de la Presidencia de la República.

Terceros interesados como el Consejo Nacional de la Niñez manifiestan ante las pretensiones expuestas en la acción que se analiza que existe una corresponsabilidad familiar entre los progenitores y los demás miembros de la familia y que a más de constituir (el derecho y el deber de alimentos) un deber constitucional, un deber legal y ético a fin de asegurar el derecho a una vida digna de los menores.

Colectivos en favor de las pretensiones afirman que el apremio personal tiene un enfoque castigador, olvidando el enfoque protector de la constitución que es una constitución garantista.

No se pronuncian respecto del mismo criterio que se esgrimiría respecto a los derechos de los menores.

Afirman además que no todos son padres irresponsables y que algunos han sido víctimas del sistema judicial perverso que los han alejado de sus hijos que los ha arruinado poniendo en peligro sus trabajos y que han dejado a los padres un rol de simples proveedores sin la posibilidad de apoyar en la formación de sus hijos.

Habría que preguntarse entonces para qué sirve la posibilidad de regular visitas y tenencia. ¿Bastaría con que los dos progenitores se pongan de acuerdo en cuanto al tema de la corresponsabilidad de la educación de los hijos o lo que llaman tenencia compartida!

La Corte antes de pronunciar su fallo realiza las siguientes consideraciones:

“Afirma que entre los principios constitucionales considerados está el principio del interés superior de los niños, lo que determina su prevalencia frente a los demás derechos constitucionales; así como el principio de corresponsabilidad del Estado, sociedad y familia, los mismos que se encuentran regulados por el Art. 44 de nuestra Constitución. Principio que está recogido por la legislación internacional sobre todo en la convención sobre los derechos del niño, así como por la Corte

Interamericana de derechos humanos, criterio que ya fue expuesto por la misma corte Constitucional en dos fallos anteriores haciendo alusión a la preeminencia de los derechos del niño frente a los derechos de otros sujetos de derechos que también se encuentran en la balanza”²³⁹.

Por lo tanto este criterio se debe considerar ante una posible confrontación de derechos de sujetos distintos entre los cuales se encuentra niños y adolescentes.

En cuanto a la corresponsabilidad del Estado, sociedad y familia afirma la corte que es objetivo de estas disposiciones el involucrar a los demás integrantes de la familia al fiel y efectivo cumplimiento de los derechos de los niños.

Aclara la Corte que el Estado, sociedad y familia deben asumir en los roles que les corresponde para asegurar una atención adecuada a los niños y adolescentes.

En cuanto al rol del Estado, este está obligado a generar las condiciones necesarias para que la familia cumpla a cabalidad con sus obligaciones respecto a las necesidades de los niños. Rol parecido le encarga a la sociedad como parte del grupo social que asegure en todas sus esferas el desarrollo de los niños y adolescentes por su condición de vulnerabilidad que son personas en proceso de crecimiento y desarrollo.

Aclara que ya la corte constitucional señalo que el derecho de alimentos de los niños está relacionado con su derecho a la vida, a la supervivencia, a una vida digna por lo que hay que garantizarles los recursos necesarios para la satisfacción de sus necesidades básicas, radicalizando el interés superior del niño.

La misma obligación la establece para los padres a pasar una pensión alimenticia que permita cubrir las necesidades prioritarias del ser humano por lo que el Juez deberá determinar los mecanismos necesarios y más eficaces para garantizar es cumpla esta obligación conforme a la ley.

²³⁹ *Sentencia N°. 012-17-SIN-CC sobre Casos Nros. 0026-10-IN. 0031-10-IN v 0052-16-IN. Acumulados. Corte Constitucional del Ecuador, 10 de mayo de 2017.*

Concibe la obligación de pagar alimentos como un derecho connatural a la relación padres – hijos que se cumplirían con el pago de una pensión alimenticia, a pesar de que en muchos de los casos el objetivo integral de la pensión no se cumple, sin embargo, por lo menos se estaría garantizando la subsistencia de los menores, ya que se considera que la vida digna constituye un presupuesto para el desarrollo integral de los niños y adolescentes como lo señala el Art. 44 de la Constitución.

Señala que: “(...) la prestación de alimentos es un medio para garantizar el cumplimiento del derecho a la vida digna y al desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes”²⁴⁰. En adelante la Corte en su sentencia analiza la figura de los obligados subsidiarios pues considera que, si bien los progenitores son los obligados principales, no se descarta la obligación de los subsidiarios, aunque finalmente termine eliminando la posibilidad de las medidas de apremio personal y de prohibición de salida del país para ellos. Consideración que mira el interés de los obligados, mas no el de los menores, puesto que se limita la fuerza coercitiva del apremio para los subsidiarios, toda vez que se recurre a ellos cuando los obligados principales no pueden o no quieren cumplir este deber de pagar alimentos; es decir que se arregla el problema de los mayores y se modula el derecho de lo subsidiarios, perdiendo la eficacia de esta medida coercitiva en detrimento de otra opción de los menores.

Condiciona el accionar en contra de los obligados subsidiarios a la demostración de haber utilizado todos los medios y mecanismos jurídicos posibles para cobrar las deudas alimenticias a los obligados principales considerando que, en caso de accionarse contra los subsidiarios, estos tendrían derecho de repetición en contra de los progenitores, sin embargo, se priva del mecanismo de apremios personales a los subsidiarios.

Fundamenta su resolución la corte en la facultad del Juez de decretar cualquier medida que permita el apremio real establecido por el actual código Orgánico General de procesos para el cobro de pensiones alimenticias, específicamente en su art. 135, que regula el apremio tanto el real como el personal y describe algunos como son el secuestro, la retención, la prohibición de enajenar, entre los más usados. Sin embargo de esto en

²⁴⁰ *Ibidem.*

materia de alimentos no se utiliza estos mecanismos de presión, toda vez que los abogados confían en que el apremio personal es el más efectivo para cobrar las pensiones alimenticias atrasadas.

Considera la corte que la prisión de una persona está suficientemente tutelado por el Art. 77 de la Constitución y que el proceso penal al afirmar que no se puede concebir como similares la prisión por deudas alimenticias impagas las mismas que tienen por objeto el garantizar una vida digna para el desarrollo integral de niños y adolescentes en mérito a su interés superior, con la prisión del proceso penal que deviene del poder punitivo del Estado en virtud del cual está legitimado a imponer una sanción a personas consideradas responsables de cometer una infracción penal o ajustar su conducta a una acción u omisión típica antijurídica, culpable o punible por lo que recalca que las dos acciones de privación de libertad son esencialmente diferentes.

Aclara que el derecho a ejecutar las medidas cautelares ya señaladas es independiente del proceso de fijación del valor de la pensión de alimentos, pues primero habrá que determinar el valor a pagar y ante su incumplimiento accionar las medidas cautelares, aunque en la realidad del ejercicio profesional no se ha conocido que desde la fijación de la pensión alimenticia alguien haya solicitado la aplicación de medidas cautelares es decir antes de que el deudor caiga en mora, cual es la naturaleza de las medidas cautelares en procesos civiles que se las invoca a fin de garantizar el resultado de un proceso, mas no de una obligación vencida amparada con garantías reales como es el caso de embargo para el caso de que exista garantía real hipotecaria.

En la página 53 de la sentencia analizada, la corte analiza si la medida de apremio personal para los obligados subsidiarios vulnera o no el derecho de transito consagrado en nuestra constitución siempre considerando supuestamente el interés superior del niño como antinomia de los derechos confrontados. Afirma que su análisis no es una jerarquización infundada de derechos, pero considera que su resolución moduladora es una solución menos lesiva a los derechos en colisión y afirma que “En el caso en análisis, se advierte que la medida de apremio personal de prohibición de salida del país tiene por objeto garantizar el derecho a la vida digna y desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes. Para ello, en la norma infraconstitucional se establece la posibilidad de limitar el derecho de la libertad de tránsito del obligado a la prestación de alimentos. Es

aquí precisamente donde se produce la colisión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a los de los obligados principales y subsidiarios a la prestación. Terminan este pronunciamiento esgrimiendo el principio de proporcionalidad contemplado en el artículo 3 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional.

Insisto en que con esta posición se analiza los derechos de los obligados subsidiarios, pero no se propone ninguna alternativa a los derechos de los menores, toda vez que se limitan a sugerir que se agoten todas las medidas de apremios reales que les pudieran imponer a los obligados subsidiarios. Según el principio de proporcionalidad ya mencionado, afirman que la medida de apremio personal a los obligados subsidiarios debe reunir tres requisitos, que sea idóneo, necesario y proporcional y afirman que:

“Así, el apremio es una institución jurídica conducente a garantizar la observancia de una resolución judicial. Se trata de una disposición obligatoria emitida por una autoridad judicial, con el fin que las personas hagan o se abstengan de hacer algo resuelto por el juez”²⁴¹.

Este criterio nos sirve como base para el posterior análisis de apremio personal para los obligados directos, pues de este razonamiento deviene las futuras concepciones de la corte respecto a la modulación que hacen al final de la resolución relacionadas a las diferentes formas de cumplir con el apremio personal a los progenitores.

Supuestamente este criterio tiene como fundamento el interés superior del niño, sin embargo, se sigue limitando la posibilidad de solicitar el apremio a los obligados subsidiarios, aunque sigue la corte analizando la naturaleza del apremio personal al decir que:

“Precisamente, lo que se busca con la aplicación de la medida de apremio personal, es generar una presión sobre la voluntad del obligado para garantizar que el niño,

²⁴¹ *Ibidem.*

niña o adolescente, cuente con recursos suficientes que le permitan un proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y sus capacidades.

Las consideraciones expuestas permiten concluir que, al garantizar el derecho a la vida digna y desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes, la medida persigue un fin constitucionalmente válido”²⁴².

Analiza la Corte posteriormente el principio de idoneidad y acude a la doctrina y transcribe la de Alexy y dice: “... el principio de idoneidad excluye la aplicación de medios que, como mínimo, perjudiquen la realización de un principio sin favorecer al menos uno de los principios u objetivos a cuya consecución deben servir”²⁴³.

Ratifica el efecto del apremio personal a decir:

“La aplicación de la medida de apremio personal de prohibición de salida del país se da cuando el responsable de la prestación de alimentos ha omitido su pago. Es decir, lo que se busca es generar influencia en la voluntad del obligado principal o subsidiario para que cancele la pensión alimenticia lo antes posible, pues, de ello depende la satisfacción de las necesidades básicas de niños, niñas y adolescentes.

Al tratarse de una medida que limita la libertad ambulatoria de la persona, esta se verá conminada al pago de lo adeudado, caso contrario perderá la posibilidad de elegir libremente cuando ingresar o salir del país. Es el criterio de esta Corte que dado el nivel de presión que se impone en el obligado, este se verá forzado a cancelar la prestación debida lo antes posible.

Por lo tanto, al tratarse de un mecanismo que permite obtener el pago de la pensión de alimentos, la medida de apremio personal cumple con el fin que se persigue, esto es garantizar el derecho a la vida digna y desarrollo integral de los hijos e hijas”²⁴⁴.

²⁴² *Ibidem.*

²⁴³ *Ibidem.*

²⁴⁴ *Ibidem.*

También la Corte analiza el parámetro de la necesidad del apremio personal y dice: “(...) una norma solamente podrá superar el examen de necesidad si se comprueba que no existe otra medida que, siendo también idónea, sea menos lesiva para los derechos de las personas”²⁴⁵.

La Corte manifiesta que existen otras medidas idóneas para conseguir que los deudores morosos paguen lo adeudado y establece que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha establecido otros tipos de medidas de apremio que puedan aplicarse para la prestación de alimentos como las de apremio real, sin considerar que la mayoría de los obligados carecen de patrimonio ni siquiera tiene una fuente segura de ingresos económicos, y no dice la Corte como se debe proceder en estos casos.

Sin embargo, reconoce que hay ocasiones en que las medidas de apremio real no generan en el alimentante el impacto suficiente o no es aplicable para el cobro de las deudas por alimentos y que la carencia de patrimonio o que éste no alcance para cubrir las deudas alimenticias el apremio real no sería el más adecuado para garantizar el pago y que no se podría cumplir con las necesidades vitales de las necesidades de los menores sobre todo el derecho a una vida digna. Sin embargo, mantienen la posición de que las medidas de carácter real se adecuen a la situación económica en concreto de los alimentantes, es decir nuevamente no dicen nada respecto al hecho de que la gran mayoría de obligados ya sean principales o subsidiarios no poseen ni siquiera fuentes de ingreso peor patrimonio real.

Respecto al principio de proporcionalidad, la Corte dice expresamente: “Dicho principio, de conformidad con el artículo 3 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se concreta en la existencia de un equilibrio entre la protección y restricción constitucional”²⁴⁶.

Al parecer no existiría equilibrio entre la consideración para los alimentantes que para el alimentado. En este punto de la resolución la corte considera que se debe diferenciar sobre la aplicación del apremio personal respecto de los obligados principales

²⁴⁵ *Ibidem.*

²⁴⁶ *Ibidem.*

con los obligados subsidiarios y considera que es inconstitucional el limitar el derecho de movilidad o de libertad ambulatoria para los subsidiarios pues existen otras medidas menos gravosas para conseguir el mismo objetivo y mantiene dicha medida cautelar de apremio personal solo para los obligados principales. Esta situación ya está consagrada en el Art. 137 del Código Orgánico General de Procesos.

En definitiva, se priva a los menores de la presión que se podría ejercer con el apremio personal sobre los obligados subsidiarios y consideran que es mejor aplicarles a estos últimos las medidas de apremio real. En la parte pertinente hoja 64 de la resolución la Corte habla sobre la antinomia del apremio personal de los obligados principales en contradicción con el Derecho al trabajo, el derecho al desarrollo integral y el principio del interés superior del niño; el derecho a desarrollar actividades económicas; la maternidad y la paternidad responsables por ejemplo dice:

“(…) que con la aplicación de la privación de libertad se estaría ante una probable colisión de derechos constitucionales, entre el derecho a una vida digna de los niños, niñas y adolescentes, y de su desarrollo integral, y el derecho a la libertad personal del obligado u obligada a la prestación de alimentos, cuya afectación restringiría el goce de otros derechos”²⁴⁷.

Analizando el tema específico de esta investigación hay que resaltar lo expresado en la sentencia materia de este análisis y rescatamos los siguientes párrafos.

“Por tanto corresponde verificar si la medida de apremio personal de privación de libertad es idónea, necesaria y proporcional. De igual manera que en el problema jurídico anterior, previo a realizar el análisis es necesario identificar la finalidad de la medida objeto de análisis.

Prima facie, el apremio personal por el incumplimiento de pensiones alimenticias constituye una medida coercitiva que tiene por objeto incentivar al obligado el pago de la prestación de alimentos correspondiente.

²⁴⁷ *Ibidem*.

Desde la perspectiva del derecho de alimentos, la privación de libertad tiene sustento en la imposición de una medida coercitiva que ejerza presión en la voluntad del obligado, para garantizar el cumplimiento del derecho a la vida digna y desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes.”

En cuanto a los obligados principales, de la lectura del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, se desprende que, en este caso, únicamente se requiere la constatación del incumplimiento de la obligación, por dos o más ocasiones. El artículo demandado expresamente señala que "en caso de que el padre o la madre incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, la o el juzgador a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera o del no pago dispondrá el apremio personal (...) y la prohibición de salida del país”²⁴⁸.

Concluye este párrafo que el apremio personal persigue un fin constitucionalmente válido. Al analizar la idoneidad del apremio personal para los obligados principales respecto al fin perseguido la Corte afirma: “De las diferentes medidas que se pueden aplicar para garantizar el pago del derecho de alimentos, la privación de la libertad física de una persona implica a primera vista un grado intenso de fuerza psicológica, que se aplica para influenciar en la voluntad del obligado, en consideración de la urgencia con la que se debe lograr tal satisfacción.

Sin embargo, vemos que esas otras medidas, como: la prohibición de salida del país o el apremio real sobre los bienes del obligado principal, no resultan suficientes, toda vez que el segundo inciso del Art. 134 del Código Orgánico General de Procesos, que regula el régimen de apremio establece categóricamente, que: "Las medidas de apremio deben ser idóneas, necesarias y proporcionales"; sin embargo, ya en la aplicación del Art. 137, que es del apremio personal, podemos colegir que el juzgador no cuenta en la normativa vigente con ese margen de valoración de idoneidad, necesidad y proporcionalidad para disponer la medida de apremio personal, toda vez que los supuestos fácticos de la disposición normativa y sus consecuencias son restrictivas. En ese contexto,

²⁴⁸ *Ibidem.*

la norma solo permite al juzgador valorar el incumplimiento de dos o más pensiones alimenticias para disponer el apremio personal con privación de la libertad, sin que pueda considerar otros elementos.”

La Corte considera que ante la afirmación de que la privación de la libertad de los obligados principales ha generado la pérdida de sus empleos o limitación de tenerlos describe las dos consecuencias dice: En cuanto a la pérdida de empleos “En cuanto al primer supuesto, que es si el obligado cuenta con un empleo, por las garantías constitucionales que sustentan el derecho al trabajo, se colige que percibe una remuneración por la prestación de sus servicios lícitos y personales.

En ese contexto, al momento de decidir el destino de sus recursos, se comprendería que el padre o madre obligada a la prestación de alimentos debe priorizar los recursos necesarios para garantizar la vida digna y desarrollo integral de sus hijos e hijas; más aún, si el obligado a pagar una prestación de alimentos omite la misma, al menos por dos ocasiones y cuenta con un empleo que le permite la generación de recursos; sin embargo, la norma no establece excepciones, cuando por ejemplo, la o el progenitor usa dichos recursos para dar tratamiento a una discapacidad o a una enfermedad catastrófica, grave o de alta complejidad que permiten su supervivencia, como es el caso del accionante, que a pesar de poseer un cáncer terminal fue privado de su libertad por haber incumplido el pago de las pensiones alimenticias, además de haberse visto obligado a interrumpir sus tratamientos médicos, lo cual puso en riesgo sus derechos a la salud, integridad y vida, así también puede darse el caso que dicho progenitor erogase dichos ingresos para solventar los gastos de otras cargas familiares que posean las enfermedades antes descritas, para otros hijos e hijas.

Respecto a que la privación de la libertad impide encontrar un empleo, la corte manifiesta:

“(…) que si bien es cierto existen límites establecidos expresamente en la ley para la aplicación del apremio personal, siendo para la primera vez de treinta días y en caso de reincidencia por sesenta días más y hasta por un máximo de ciento ochenta días (6 meses), la mentada regulación sí limita el encontrar un empleo que permita al progenitor pagar no solo las pensiones adeudadas que generaron el apremio

personal, sino además que se acumulan durante la privación de la libertad con los respectivos intereses de ley, lo cual se constituye en un círculo vicioso que agrava más la situación, no logrando garantizar el derecho a la vida digna y desarrollo integral que se merece la niña, niño o adolescente; es así que el tercer inciso del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, dispone lo siguiente: Previo a disponer la libertad de la o el alimentante, la o el juzgador que conoció la causa, realizará la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo o cheque certificado basado en este razonamiento la Corte considera que la medida de apremio personal no garantiza de manera eficaz el derecho de alimentos de los niños sino que vulnera los derechos de los progenitores por lo que esta medida no superaría el principio de idoneidad para el fin ulterior de obligar a los obligados principales al pago de las pensiones atrasadas”²⁴⁹.

En cuanto al criterio de necesidad, la Corte considera que existen otras medidas para garantizar el derecho de alimentos especialmente las de carácter real, que como ya hemos expresado, no es tan efectiva pues muchos de los obligados ni siquiera cuentan con ingresos económicos menos cuentan con patrimonio que pueda ser afectado por las medidas de apremio reales.

Terminan manifestando al respecto que este hecho causaría discriminación entre los progenitores que por razones de carácter socio económicas se dividen en aquellos que tengan patrimonio y aquellos que no es decir que esta norma favorece a los obligados que poseen bienes en contrario a los que no los tienen por lo que considera que la medida de apremio no es solamente idónea, sino que también es discriminatoria. En adelante y en base a los razonamientos expuestos la corte se ampara en la legislación internacional como por ejemplo la chilena y boliviana que contemplan la prisión parcial como el apremio nocturno, o la suscripción de una acta de compromiso de pago, ejemplo de esto tenemos la denominada "acta de compromiso de pago", la que debe cumplir con los siguientes requisitos por parte del alimentante: declaración juramentada de los bienes que posee; obligación de presentarse ante el juez cada treinta días después de haberse dispuesto su libertad, la cual cesará una vez pagado en su totalidad lo adeudado; informar

²⁴⁹ *Ibidem.*

sobre cualquier cambio de domicilio o residencia y, 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. Aplicando para este caso el principio *pro libertate*, es decir priorizan el derecho a la libertad que el de alimentos que tienen los menores con lo que según la Corte garantizan el derecho de alimentos de los niños. La pregunta es si: ¿Le restamos fuerza al apremio personal con que presión le obligamos a los progenitores a cumplir sus obligaciones alimenticias?

Finalmente, con relación al principio de proporcionalidad la Corte considera:

“Respecto del principio de proporcionalidad en sentido estricto, este determinará la importancia de la intervención sobre un derecho fundamental que se justifica solamente en virtud de la importancia del fin que persigue la medida; es decir, los beneficios de la medida deben ser suficientes como para "compensar" el sacrificio de un derecho. En ese contexto, podemos colegir que se afectan otros derechos constitucionales con el apremio por el incumplimiento de las pensiones alimenticias, previstos en la forma del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, principalmente el derecho a la libertad, que ante su limitación, es lesivo para otros derechos por su grado de interdependencia, como: derecho a la vida, derecho a la salud, derecho al trabajo, derecho al ejercicio de actividades económicas y principalmente, el derecho a la vida digna y desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes, que no es satisfecho en su totalidad de manera continua y permanente.

Las consideraciones expuestas permiten concluir que el contenido del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, es vulneratorio de derechos constitucionales. Por lo tanto, a efectos de evitar un vacío jurídico derivado de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma referida, hasta que la Asamblea Nacional lo regule de manera definitiva, y en atención a lo establecido en el artículo 436 numerales 1 y 2 de la Constitución de la República, y en los artículos 5 y 76, numerales 5 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esta Corte declara la inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, publicado en el suplemento del

Registro Oficial N°. 506 del 22 de mayo de 2015, y modula los efectos de esta decisión por medio de la siguiente regulación provisional, del referido artículo”²⁵⁰.

Termina la Corte dictando de manera obligatoria las regulaciones respecto al apremio personal que por su importancia para esta investigación la transcribo de manera textual.

En cuanto al Art. 137 del COGEP, respecto a los apremios se ha establecido lo siguiente:

“Apremio personal en materia de alimentos. - En caso de que el alimentante incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias sean o no sucesivas, la o el juzgador a petición de parte, previa constatación del incumplimiento del pago pecuniario o no pecuniario dispondrá la prohibición de salida del país y convocará a audiencia que deberá realizarse en un término de diez días conforme a este artículo.

La audiencia tendrá por objeto determinar las medidas de apremio aplicables de acuerdo con las circunstancias del alimentante que no le permitieron cumplir con el pago de sus obligaciones, por lo que no se discutirá sobre el monto de las pensiones adeudadas u otros aspectos que no tengan que ver con su objeto. Si el alimentante no compareciere a la audiencia, la o el juzgador aplicará el régimen de apremio personal total.

Si el alimentante no demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con el pago de las pensiones adeudadas a causa de no tener actividad laboral ni recursos económicos; o, ser persona discapacitada, padecer una enfermedad catastrófica o de alta complejidad que le impidan el ejercicio de actividades laborales, la o el juzgador dispondrá el apremio total hasta por treinta días; los apremios reales que sean necesarios; prohibición de salida del país; y, el pago por

²⁵⁰ *Ibidem.*

parte de los obligados subsidiarios. En caso de reincidencia el apremio personal total se extenderá por sesenta días más y hasta un máximo de ciento ochenta días.

En el caso que el alimentante demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con sus obligaciones, la o el juzgador aprobará una propuesta del alimentante en torno a su compromiso de pago para cancelar lo adeudado, precautelando siempre los derechos del alimentado.

En caso de incumplimiento del compromiso de pago, el juzgador dispondrá el apremio parcial, los apremios reales que correspondan y el cumplimiento del pago por parte de los obligados subsidiarios. De ser necesario, el juez dispondrá de manera motivada el uso de dispositivo de vigilancia electrónica.

El apremio personal parcial consistirá en la privación de la libertad entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente por treinta días, salvo que el alimentante demostrare que realiza actividades económicas o laborales en el horario señalado, en cuyo caso el juzgador determinará el horario aplicable que deberá ser de ocho horas.

En los casos de reincidencia en el incumplimiento del pago o incumplimiento del apremio personal parcial la o el juzgador ordenará el apremio total,

En la misma resolución en la que se ordene el apremio personal parcial o total, la o el juzgador ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor; así también, en los casos en los que se dicte el uso de dispositivo de vigilancia electrónica, dispondrá su instalación a las entidades competentes.

Previo a disponer la libertad de la o el alimentante, la o el juzgador requerirá la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo, cheque certificado o mediante la verificación de los documentos que justifiquen el pago. Pagada la totalidad de la obligación, la o el juzgador dispondrá su libertad inmediata y de ser el caso, el retiro del dispositivo de vigilancia electrónica por las entidades competentes.

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

No cabe apremio personal en contra de las o los obligados subsidiarios ni garantes; o, en contra de personas discapacitadas o que padezcan una enfermedad catastrófica o de alta complejidad que le impidan el ejercicio de actividades laborales”²⁵¹.

Como comentario de lo resuelto por la Corte debo manifestar que esta decisión sigue siendo retórica, pues a fin de garantizar los derechos de unos pocos se ha sacrificado uno de los mecanismos de coacción más efectivos para el cobro de pensiones alimenticias atrasadas, aunque se discuta sobre su constitucionalidad, no es menos cierto que en un porcentaje superior al 60% de los casos con el apremio personal de los obligados principales se ha logrado el objetivo final de esta medida que es el pago de las pensiones vencidas y tratar de garantizar el derecho a la vida y al desarrollo íntegro de los menores que al final queda rezagado por decisiones tomadas por personas que no ha visto la realidad en que se desarrollan los casos de cobro de pensiones alimenticias vencidas, pues en la mayoría de los casos al verse privado de la libertad el obligado, su entorno familiar realizan gestiones para el pago de las mismas haciendo gestiones que al final logran recuperar lo adeudado, que de todas maneras resta importancia quien provee de los fondos para cumplir con esta obligación pero el menor de edad se beneficia por el pronto pago de estos adeudos, que si lo miramos objetivamente estos gastos de manutención son pagados por el progenitor a cuyo cargo está el cuidado y manutención de los menores.

No se cuestiona la Corte que mientras se discute las medidas de apremio real o personal más adecuadas al marco constitucional, el menor tiene la necesidad vital de sobrevivir y es el otro progenitor quien tiene que recurrir en varios casos a mecanismo de financiamiento a fin de que el menor sobreviva a la falta de atención por parte del obligado a satisfacerlos.

²⁵¹ Ver en referencias bibliográficas el *Código Orgánico General de Procesos-COGEP*, 2016.

CAPÍTULO III: EL DEBIDO PROCESO PRIVATIVO DE LIBERTAD EN ECUADOR

Con el propósito de brindarle coherencia a la propuesta que se pretende desarrollar en el presente capítulo, se persigue establecer el desarrollo al que está sujeto el proceso privativo de la libertad dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, con una fundamentación eminentemente penal. Puesto que, se puede considerar a la prisión como una consecuencia directa del apremio personal, donde la aplicación de esta medida ante el impago de alimentos evidencia una consecuencia penal que no está acorde con la naturaleza civil de la obligación que no se ha cumplido.

Tal como se ha afirmado en el desarrollo de esta investigación, el apremio personal que tiene un origen civil no constituye una sanción, tampoco un castigo y por supuesto no es una pena, simplemente se reconoce como una consecuencia de incumplir con los deberes que posee el alimentante respecto a sus descendientes que ostentan el derecho de recibir una pensión por concepto de alimentos.

En este capítulo se podrá apreciar un análisis técnico, así como de la manera instrumental, dígame naturaleza, antecedentes y principios que intervienen en la regulación de la prisión. Se podrá constar que estos elementos identificativos no llegan a manifestarse en aquellas personas privadas de la libertad por el no cumplimiento de la obligación alimenticia. Sin embargo, una vez que se llega a ejecutar el apremio personal en los centros penitenciarios comunes, la medida se adapta a todas las consecuencias derivadas de la prisión por la comisión de un hecho delictivo. Por lo tanto, a efectos de este estudio investigativo resulta aplicable todas las consecuencias que se manifiestan a partir de la aplicación de una pena privativa de libertad, lo cual no se llega a diferenciar del origen de la prisión por deudas; no obstante, ante la carencia de una clara distinción el apremio se llega a ejecutar y a cumplir como si fuera una condena a partir de la realización de un hecho delictivo.

1. El *ius puniendi* del Estado

La fundamentación del Derecho penal va dirigida a la necesaria tutela de los bienes jurídicos, como un juicio de valor implícito en cada ordenamiento, mediante el cual se le

brinda una protección a estos bienes y la pena actúa como un mecanismo considerado oportuno y adecuado, que garantiza el orden social, y además es una consecuencia jurídica que llega a aplicarse para el sujeto que ha infringido la normativa establecida. El *ius puniendi* o derecho de castigar que le asiste al Estado, en la doctrina jurídica está identificado como:

“(...) la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad y está integrado por un sistema de principios denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una barrera, ante posibles arbitrariedades”.²⁵²

Otros autores, como José Arturo González Quintanilla, bajo enfoques similares con relación al *ius puniendi*, han afirmado que:

“El derecho penal protege los más preciosos bienes (valores), constituyendo por tal motivo, la fórmula drástica para que el Estado pueda ejercer materialmente la conminación y coercibilidad cuando se transgrede la salvaguarda de dichos valores, en aras del bien común para una buena convivencia social, por supuesto, también sirve para ser utilizado en aspectos ajenos totalmente a tal finalidad, ya que, este instrumento en manos de la autoridad, lamentablemente puede ser usado para diversos logros.”²⁵³

Acorde con lo expresado por ambos autores, en la actualidad se persiguen alternativas a la pena privativa de la libertad, donde a modo general se puede afirmar que resulta ser uno de los propósitos que el Derecho penal aún tiene pendientes. En las normas constitucionales de la mayoría de los estados se llega a establecer valores fundamentales que identifican y rigen a cada sociedad, y a su vez estos están relacionados con las normas que impulsan el desarrollo, y demás leyes que integran el ordenamiento jurídico. En el texto constitucional también llegan a determinarse aquellos derechos que va a recibir protección por parte del Derecho penal y por otro lado se encuentra todo un sistema de

²⁵² MEDINA CUENCA, A. “Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad”. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 19, marzo-abril 2014, p. 87.

²⁵³ GONZÁLEZ QUINTANILLA, J. A. *Derecho penal mexicano*. Editorial: 2da edición, Porrúa. México D.F, 2013, p. 19.

principios que regulan el actuar de los legisladores sobre la responsabilidad que poseen en instituir delitos y penas, además de que se relacionan con el actuar de los jueces y los órganos de la administración de justicia para el caso de su aplicación hacia las personas que los comenten.

El *ius puniendi* del Estado, alcanza su materialización en dos sentidos: el primero de ellos recae en la posibilidad de legislar que tiene el Parlamento o Asamblea, es decir el órgano legislativo; es mediante este actuar que se traduce la voluntad del Estado de establecer y recoger los tipos penales que encierran las conductas negativas e intolerables ejecutadas sobre bienes jurídicos de gran relevancia, y cuya protección resulta imprescindible, por lo que la ley penal establece el delito y la pena correspondiente. El segundo sentido se deriva del primero, es decir, que el órgano de administración de justicia tiene la responsabilidad de la adecuada aplicación de la normativa penal.

Como parte del *ius puniendi* también se destacan factores de índole material y formal. En el caso del aspecto formal, este radica en la afirmación fehaciente de que corresponde al Estado el ejercicio del *ius puniendi* y que a su vez este forma parte de las potestades que integran la soberanía en el ejercicio de sus poderes. Para el aspecto material, este se enfoca en la esencia de los elementos que integran el *ius puniendi*, los cuales a consideración del penalista argentino Zaffaroni se divide en dos parámetros: el principio de justicia y el principio de utilidad²⁵⁴.

Acorde a las consideraciones de este destacado penalista y criminólogo argentino, el principio de justicia está relacionado a los bienes jurídicos que son reconocidos en el texto constitucional, con el objetivo de garantizar y salvaguardar los derechos fundamentales que le asisten a ser humano y a la sociedad en general, algunos de estos derechos son: la libertad corporal y de tránsito, la integridad, la libertad de expresión, la salud, entre otros. Así mismo, como parte del *ius puniendi* este principio de justicia tiene como condición esencial un conjunto de aspectos normativos a los que debe ajustarse, con el objetivo de que no constituya un principio abstracto, estos elementos objetivos son:

²⁵⁴ ZAFFARONI, E. R. *El Enemigo en el Derecho Penal*. Editorial: 3era edición, Dykinson. Madrid, 2015.

- El daño social (se deben punir solo aquellas conductas que lesiones o representen un peligro para los bienes jurídicos de gran importancia en la sociedad).
- La subsidiariedad (a la sanción penal solo debe recurrirse cuando otros mecanismos que brinda el Derecho no sean suficientes).
- La proporcionalidad y adecuación de la culpabilidad (la pena y su respectivo límite debe ser el límite de la culpabilidad).
- La tolerancia y el respeto a la dignidad humana (la intimidad de la persona, así como su aspecto moral no deben ser invadidos o afectados, por lo que no deben imponerse penas crueles e inhumanas).
- La ley penal debe ser de exacta aplicación (esto responde directamente al principio de seguridad jurídica).

En el caso del principio de utilidad, este tiene su fundamentación en un criterio pragmático, ya que puede darse el caso de que la sanción penal sea justa, pero a su vez puede resultar su aplicación inconveniente acorde a consideraciones prácticas, o cuestiones relacionadas a los valores, ejemplo de ello son los casos de impunidad ante actos de robo cometidos entre familiares, como son los ascendientes y descendientes, o las propias acciones de encubrimiento entre parientes o personas que poseen amistad, cuando se ha cometido un delito.

Los criterios de Zaffaroni aquí expuestos evidencian la preferencia de este penalista por no dar una definición clara sobre el principio de justicia como parte del *ius puniendi*, sino que solo realiza una serie de acotamientos sobre el mismo. Puede afirmarse que el penalista argentino trata de explicar aquellos elementos mediante los cuales se persigue alcanzar el principio de justicia. Tanto el principio de utilidad como el de justicia llegan a precisar los fines implícitos en el ejercicio del *ius puniendi*, o sea, la protección del individuo y de la sociedad a modo general, así como del Estado mismo, y además incluye la resocialización de la persona que ha delinquido.

A consideración personal, vale destacar que el delito llega a concebirse como una agresión de uno o más miembros de la sociedad, por lo que la persona ofendida puede llegar a emplear el uso de la fuerza para buscar un tipo de resarcimiento, lo cual puede convertirse en una acción arbitraria, inadecuada e incontrolable, y dar como consecuencia

otra agresión, todo ello puede transformarse en un círculo vicioso que conduce a generar un mayor número de efectos negativos. Esto constituye el principal motivo por el cual el Derecho penal fue implementado en un inicio y lo que ha definido una parte de su desarrollo en la historia, para contrarrestar los efectos de una venganza privada.

La venganza de índole privada constituye una penosa etapa en la evolución del Derecho penal, hasta que esta rama legal alcanzó su consolidación por medio del Estado y el control ejercido por el mismo para castigar las agresiones y eliminar las acciones de venganza privada. De esta manera la regulación establecida en la normativa penal y procesal penal lograron garantizar la tutela de los derechos fundamentales del ser humano y de la colectividad en general. La necesidad de regular este tipo de conductas deriva del establecimiento de un orden político, y donde la normativa permita establecer ámbitos, límites y fines del ejercicio del derecho punitivo²⁵⁵.

Desde el marco de la historia surgen doctrinas en favor del abolicionismo y la justificación en torno al Derecho penal el *ius puniendi*. Tanto en los Siglos XVII y XVIII se evidenció la conformación de un modelo de Estado basado en el Derecho, donde se evidenció la organización política, social y económica de la sociedad, cuya base está determinada por un conjunto o más bien esquema de reglas jurídicas, regido por la norma suprema, o sea la Constitución. El surgimiento del Estado de Derecho parte de la concepción liberal defendida por el modelo capitalista, como una oposición hacia el absolutismo del antiguo régimen, donde imperaban los abusos, por lo que pensadores de la época como Montesquieu, Beccaria y Rosseau marcaron el desarrollo de esta propuesta liberal hacia todas las ramas del Derecho²⁵⁶.

A partir del liberalismo el individuo como ser social le son reconocidos valores fundamentales, así como la protección de los bienes principales para cada persona, todo ello enfocado en su derecho a la libertad y la limitación del ejercicio del poder estatal, específicamente de las facultades que le están atribuidas por la norma legal. El

²⁵⁵ ALONSO ÁLAMO, M. La justificación de la pena a partir del modelo de Estado. En V. Autores, *Repensando el ius puniendi*. Editorial: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2da edición. Salamanca, 2014, pp. 23-36.

²⁵⁶ SIERRA, H. M., & CANTARO, A. S. *Lecciones de Derecho Penal- Parte General*. Editorial: 2da edición, REUN, Red de Editoriales Universitarias del Sur. Buenos Aires, 2015.

advenimiento de un Estado liberal abrió paso a la democracia como parte del funcionamiento del sistema estatal, ya que la política se encuentra sujeta a la voluntad de la mayoría de los ciudadanos, ahí radica la esencia del tipo de Estado.

Las incipientes bases democráticas en los inicios del Estado liberal se manifestaron por la limitación del ejercicio del derecho al voto, el cual guardaba relación con la clase social que ostentaba la persona, es decir un criterio económico. Estas condiciones permitieron el afincamiento de la clase capitalistas en las principales ramas del poder económico, político y jurídico. Es necesario significar que el Estado de derecho liberal no hizo honores a su clara denominación, a pesar de su ardua predicación en cuanto a garantizar los derechos fundamentales de las personas, solo favoreció los intereses de una minoría. Es así que se desarrolló una lucha por parte de aquellas clases sociales marginadas frente al ejercicio del poder político y económico, esta lucha implicó la exigencia de derechos democráticos, lo que conllevó al surgimiento del Estado de derecho democrático.

Por medio del desarrollo del Estado de derecho democrático se persiguió asegurar la convivencia entre las personas, bajo condiciones adecuadas, además de imponer sanciones penales para las personas que violaran la ley. Esta actuar fue tomado en cuenta como un derecho y una obligación que no debía ser evadido, ya que la impunidad se consideró un perjuicio grave para toda la sociedad, tanto como el propio acto delictivo. Respecto al *ius puniendi* este fue manejado como un derecho exclusivo del Estado, donde se coloca el delicado tema de la protección de los derechos fundamentales de las personas, y el equilibrio que debe alcanzarse en el orden, la paz y la convivencia en armonía.

En un Estado de derecho democrático, debe prevalecer la obligación de ejercer el control social y la aplicación del *ius puniendi* en un marco de acción necesario e indispensable, que a su vez brinde la posibilidad de ejercer las libertades individuales y de los grupos sociales, dentro de la sociedad, sin que ello implique un riesgo para el orden y la paz social. Cada una de las medidas dirigidas al control social, así como cada tipo penal y el aumento de sanciones, puede llegar a constituir un mecanismo atentador si solo favorece a una minoría económicamente fuerte. Por lo que cabe plantearse las siguientes interrogantes respecto al *ius puniendi*: ¿Hasta dónde debe llegar?, ¿Cómo señalar sus límites?

La principal respuesta para ambas preguntas se encuentra en el denominado “garantismo penal” que llega a identificarse con la máxima protección de los valores fundamentales del individuo. El garantismo penal no resulta ser una teoría de corte vanguardista, todo lo contrario, las concepciones en torno al Derecho penal moderno surgen a partir de los planteamientos desarrollados por el penalista César Beccaria donde se incluye esta terminología, y cuyo fin es garantizar los derechos a la ciudadanía e instaurar límites al derecho que le asiste al Estado respecto a castigar²⁵⁷. Por otra parte, Luigi Ferrajoli alcanzó a reflejar de manera sencilla y sintetizada al garantismo penal como una teoría de legitimación o deslegitimación del Derecho penal, donde lo que se persigue en la materialización de la racionalización en el ejercicio del poder punitivo²⁵⁸. La extensa obra de esta penalista denominada “Derecho y Razón”, contempla una serie de axiomas que fundamentan el garantismo penal, los cuales representan un conjunto de garantías y principios vinculados al establecimiento de la responsabilidad penal y la ejecución de la sanción penal. En la siguiente tabla se pueden ver estos axiomas del garantismo penal reflejados en la normativa constitucional ecuatoriana, los cuales establecen la política penal que rige en el país, además de los principios que les asisten a las personas cuando son procesadas por un hecho delictivo:

PRINCIPIO	AXIOMA	CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
<i>Retributividad</i>	“No hay pena sin delito”	Art. 76, numeral 3: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 3. Nadie podrá ser (...) sancionado por un acto u omisión que (...) no esté tipificado en la ley como infracción penal.
<i>Legalidad</i>	“No hay delito sin ley”	Art. 76, numeral 3: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que (...) no esté tipificado en la ley como infracción penal ni se aplicará una sanción no prevista en la Constitución o en la ley.

²⁵⁷ URBANO MARTÍNEZ, J. J. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Editorial: 3era edición, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2012.

²⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Notas Críticas y Autocríticas en Torno a la Discusión sobre Derecho y Razón...* op., cit., pp. 94-96.

<i>Necesidad</i>	“No hay ley sin necesidad”	<p>Art. 76, numeral 6: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:</p> <p>6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.</p> <p>Art. 195. La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.</p>
<i>Lesividad</i>	“No hay necesidad sin daño”	<p>Art. 66, numeral 5: Se reconoce y garantizará a las personas:</p> <p>5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.</p>
<i>Materialidad</i>	“No hay daño sin acción”	<p>Art. 76, numeral 3: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:</p> <p>3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que (...)</p>
<i>Culpabilidad</i>	“No hay acción sin culpa”	<p>Art. 1.- <i>El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (...)</i></p> <p>Art. 66, numeral 5: Se reconoce y garantizará a las personas:</p> <p>5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.</p>
<i>Jurisdiccionalidad</i>	“No hay culpa sin juicio”	<p>Art. 76: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:</p> <p>2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o <i>sentencia ejecutoriada</i>.</p> <p>3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.</p>
<i>Acusatorio</i>	“No hay juicio sin acusación”	<p>Art. 75.- <i>Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.</i></p>

		<p>Art. 195. - <i>La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.</i></p>
Carga de la Prueba	“No hay acusación sin prueba”	<p>Art.76.- <i>En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:</i></p> <p>2.Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o <i>sentencia ejecutoriada.</i></p> <p>7. El derecho de las personas a la defensa (...)</p> <p>Art. 195. La Fiscalía dirigirá (...) la investigación preprocesal y procesal penal (...) De hallar mérito acusará a los presuntos infractores (...)</p>
Contradictorio	“No hay prueba sin contradicción”	<p>Art. 75.- <i>Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión.</i></p> <p>Art. 76: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:</p> <p>4.Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.</p> <p>Art. 168. - <i>La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:</i></p> <p>6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.</p>

Tabla 1. Axiomas del Garantismo Penal.

Los axiomas del garantismo penal aquí expuestos y relacionados con los preceptos constitucionales ecuatorianos se refieren a garantías sustanciales, o sea, aquellas que permiten identificar cuándo prohibir una acción u omisión cuya falta amerite una sanción

penal, y garantías adjetivas las cuales llegan a determinar cómo y cuándo sancionar a una persona. Se señalan principios como el de legalidad, que respalda la vigencia de la ley penal para su correspondiente aplicación. Todos estos axiomas y principios se vinculan directamente al ejercicio del *ius puniendi* y regulan su materialización; es decir que:

“(...) la ley penal puede estar vigente, pero ser inválida, si esta no guarda correspondencia con el principio de estricta legalidad, ante lo cual el juzgador penal puede inobservar la norma penal por leyes superiores como son las constituciones y la normativa de derecho internacional de los derechos humanos. El juez penal no es garante del cumplimiento de la norma sino de la justicia”.²⁵⁹

Ahora bien, la norma penal ecuatoriana vigente, el COIP, en su articulado señala lo siguiente:

“Art. 1.- Finalidad. - Este Código tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas”.²⁶⁰

En este primer artículo el código refleja o más bien advierte que la sanción penal tiene como finalidad lo prescrito en la normativa constitucional, tal es el caso de la rehabilitación de la persona privada de la libertad²⁶¹. El cuerpo normativo penal ecuatoriano puede definirse como un instrumento de control social, que posee la capacidad de mantener el orden y la seguridad, y que además aplica un sistema de humanización de la pena enfocado en la rehabilitación y posterior reincorporación a la sociedad de la persona privada de la libertad. Se evidencia además la aplicabilidad y prevalencia del principio de dignidad humana.

²⁵⁹ ÁVILA SANTAMARÍA, R. “¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?” *Revista de Derecho* No. 8, octubre-noviembre 2016, pp. 49-70.

²⁶⁰ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014/ *Código Orgánico Integral Penal- COIP*.

²⁶¹ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/ *Constitución de la República del Ecuador-CRE*.

La norma penal ecuatoriana responde al esquema establecido por la Constitución vigente. En el COIP se evidencia todo lo referente a las conductas y comportamientos que merecen la aplicación de una sanción penal, lo cual se corresponde con el principio de legalidad, que a su vez se corresponde con tres principios del derecho penal en la tipificación de una conducta como un hecho delictivo, estos son: la materialidad, la lesividad y la necesidad. Cabe agregar que en función del desarrollo de un derecho penal garantista el COIP está dirigido a establecer los límites al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, así como brindar legitimidad y racionalidad al uso de este, dicho en otras palabras, la norma penal limita el ejercicio del poder y lo habilita para su desarrollo solo en determinadas circunstancias.

1.1. Limitaciones del ius puniendi

1.1.1. De la temporalidad

Como parte de los límites del *ius puniendi* se encuentra la temporalidad, aplicada a las sanciones emanadas del Derecho penal, y vinculada directamente con el principio de humanización y la proporcionalidad de dichas penas. En el caso de la exigencia del principio de proporcionalidad de la pena, este tiene sus orígenes en el Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde se establece que la norma legal no debe fijar penas en desmedida, o sea, más allá de las que sean estrictamente necesarias, además de que la sanción penal deberá ser proporcional al hecho delictivo. En la obra del tratadista Beccaria se puede apreciar como parte de los criterios desarrollados por este autor respecto a la proporcionalidad de la pena que, debe existir una proporción real entre el delito y la pena, en relación a ello se llega a precisar que si se llega a destinar una sanción igual para dos delitos que han generado un daño diferente en la sociedad, la persona no podrá apreciar un freno real u obstáculo, para cometer un hecho delictivo de mayor gravedad, ya que este puede conllevar a la existencia de ventajas penales; este autor afirmó además que, “(...) uno de los mayores frenos del delito no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad”²⁶².

²⁶² BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas* (Introducción, notas y traducción por F. Tomás Valiente) Editorial: Dykinson, 3era edición. Madrid, 2015, p. 71.

De los criterios desarrollados por Beccaria respecto a la proporcionalidad de la pena, se llegan a establecer dos vertientes. La primera vertiente descansa en la afirmación de que la pena debe ser necesaria, o sea no deberá extenderse más allá de lo necesario para alcanzar un propósito, aquí se destaca la temporalidad de la sanción penal; y en segundo lugar la pena deberá ser infalible, lo cual se refiere a que en la fase de su ejecución tendrá que garantizarse su cumplimiento de manera efectiva. En la doctrina jurídica-penal existe un consenso en el hecho de que el principio de proporcionalidad de las penas fue introducido de forma paulatina en los códigos penales, pero con la finalización de la II Guerra Mundial y la promulgación de diversos instrumentos internacionales posteriores, se establecieron reglas que abogaron por la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes. La proporcionalidad como principio, tiene entre sus exigencias la existencia de una proporción entre la sanción y el delito, y además que su establecimiento sea acorde a la importancia social del hecho, para lo cual tiene que ser tomado como una referencia la trascendencia del hecho en la sociedad, puesto que ello es lo que se persigue proteger con la norma²⁶³.

La temporalidad como límite al *ius puniendi* del Estado también reposa en el principio de humanización de la pena, el cual conduce necesariamente a establecer un respeto hacia la persona humana de quien es procesado y sentenciado, además de que se aboga por la reducción de la pena y su respectiva rehabilitación social. De forma concreta se puede afirmar que las principales líneas donde se manifiesta específicamente el contenido de este principio son:

1. La prohibición de la tortura y toda pena o trato inhumano, con reflejos importantes en la parte especial del Derecho penal y las consecuencias jurídicas del hecho delictivo.
2. La presencia de una orientación para la resocialización de la persona sancionada con la privación de la libertad.
3. La atención hacia toda víctima de un delito.

²⁶³ MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*. Editorial: 2da edición, Reppertor. Barcelona, 2012, p. 133.

1.1.2. De la intervención mínima

Este principio conocido también como principio de subsidiariedad, tiene su derivación directamente del principio de necesidad, donde el Derecho penal debe ser considerado como última *ratio*, o sea, es el último recurso al que se deberá acudir ante la carencia de otros con una menor lesividad. Al respecto el tratadista español Luzón Peña expresó que:

“(...) si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se deben utilizar éstos. Incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde basten los medios del derecho civil, del derecho público o incluso medios extrajurídicos, ha de retraerse el derecho penal, pues su intervención -con la dureza de sus medios- sería innecesaria y, por tanto, injustificable. También debe haber subsidiariedad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otras menos duras”²⁶⁴.

En un vínculo directo con este principio se destaca el carácter fragmentario del derecho penal, según el cual esta rama jurídica no debe proteger todos los bienes jurídicos, ni tratar de pensar en todas las conductas que son lesivas a los mismos, sino que deberá enfocarse en aquellos hechos considerados de mayor gravedad hacia bienes jurídicos con una gran importancia y relevancia. Conforme a ello les corresponde a otras ramas de Derecho regular los actos menos graves, ello evidencia el criterio de algunos que han expuesto el carácter subsidiario del Derecho penal frente a otras ramas que integran el ordenamiento jurídico²⁶⁵.

A partir del análisis del principio de intervención mínima, se ha llegado a considerar como legítimas aquellas normas jurídico-penales, sólo en los casos en que su función no la puedan llegar a asumir otros instrumentos vinculados a la regulación del contrato social. Por lo que este principio puede constituir la variante penal del principio

²⁶⁴ LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de derecho penal. Parte general I. El "ius puniendi" (la potestad punitiva)*. Editorial: 2da edición, Universitas. Madrid, 2016, p. 82.

²⁶⁵ MUÑOZ CONDE, F., & GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte general*. Editorial: 2da edición, Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

constitucional de proporcionalidad, en virtud del cual no llega a estar permitido una intervención punitiva si tales efectos se llegan a lograr por medio de otros mecanismos menos drásticos²⁶⁶.

De esta manera la existencia de un bien jurídico que deba y sea merecedor de una tutela penal, llega a constituir un presupuesto para que se pueda legitimar la potestad del Estado de instituir figuras delictivas y las correspondientes sanciones; no obstante, se requiere y exige que para que la intervención del Derecho penal sea necesaria deban agotarse todas las posibilidades de soluciones alternas caracterizadas por ser menos lesivas. Según Fernández Rodríguez,

“Se habla así del principio de intervención mínima, que debe entenderse en un doble sentido: se ha de castigar tan sólo aquellos hechos que necesiten ser penados, y para la sanción de tales hechos se deben preferir penas que, sin dejar de ser adecuadas y eficaces, resulten menos onerosas”²⁶⁷.

En el supuesto de que el principio de intervención mínima tenga una aplicación consecuente y se convierta en una tendencia general, el sistema penal llegará a reducirse. Esto no implica que ciertas situaciones en las que se destaquen nuevas áreas que necesiten de la intervención punitiva del Estado no lleguen a ser tipificadas figuras delictivas y se aumenten las sanciones penales previstas para los delitos ya regulados. Esto sucedió en el país con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, en el cual se evidenció la incorporación de nuevos tipos delictivos y el incremento de penas en algunos ya existentes. Sobre este asunto se ha llegado a considerar que: “De lo que se trata, en definitiva, es de garantizar la legitimidad y eficacia de la intervención punitiva, o lo que es lo mismo, que ésta se lleve a cabo cuando sea absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos”²⁶⁸.

²⁶⁶ GUNTER, J. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Contreras de Murillo. Editorial: 2da edición, Marcial Pons. Madrid, 2014.

²⁶⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D. “Los límites del ius puniendi”. *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, t. XLVII, septiembre - diciembre, 2014, p. 99.

²⁶⁸ MIR PUIG, S. "Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal en el reforma penal", en *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Editorial: Ariel. Barcelona, 2015, pp. 151-152.

Los finales del Siglo XX estuvieron caracterizados por el grado de aceptación, en torno al proceso despenalizador, por la aplicación consecuente de gran cantidad de países del principio de intervención mínima, ya que se llegó a prescindir del Derecho penal en ciertas conductas que en el transcurso de la historia fueron tomadas como delitos, ejemplo de ello fue la figura delictiva del adulterio en la legislación penal española. Algunos juristas han valorado esta despenalización desde una perspectiva doble. La primera es identificada con la vía del no castigo en un Estado Social de Derecho de una conducta que pueda atentar contra la moral solamente, la religión y llegase a conducir a un peligro autopuesto, donde se evidencie una anulación sin que sean sustituidos los textos jurídico-penales que no resultan ser una necesidad para el predominio de la paz en la sociedad, ya que como parte de las funciones inherentes al Derecho penal no se encuentra la inhibición de dichas acciones o conductas, puesto que esta rama del Derecho debe impedir la materialización de un perjuicio ajeno y velar las condiciones en las que las personas desarrollan su vida social. La segunda vía está relacionada con el marco de la despenalización, lo cual significa que solo deberá requerir bajo una sanción penal una conducta que sea realmente lesiva en el ámbito social, donde la mitigación del daño no es posible alcanzarlo por otros mecanismos extrapenales que resulten con una menor injerencia, tal es el caso de las sanciones de carácter administrativo, que se reflejan en la aplicación de multas²⁶⁹.

En el transcurso de los años y desde una posición en la que se logre avanzar en lo relacionado con las reformas penales y la disminución de los límites mínimos de las sanciones penales, específicamente las privativas de la libertad, se podrá observar un aumento en la posibilidad de desarrollar y ejecutar sanciones alternativas, lo que tendrá que estar en correspondencia con la política y sistema penal imperante en cada nación. Dicho sistema penal no siempre está caracterizado por tener estabilidad y coherencia, necesarias para generar resultados concretos que permitan luchar contra la criminalidad a mediano o largo plazo²⁷⁰. El amplio engranaje donde se ponen de manifiesto avances y

²⁶⁹ ROXIN, C. "¿Tiene futuro el derecho penal?". *Revista del Poder Judicial*, 3ra. Época, No. 49, Consejo General del Poder Judicial, marzo 2012, pp. 49-50.

²⁷⁰ En la práctica legislativa latinoamericana ha sido frecuente la presentación de proyectos normativos que han reflejado un retroceso importante en la aplicación del principio de intervención mínima, cuyo actuar ha sido aplicado a las reformas del sistema penal de la mayoría de los países de la región en el pasado Siglo e inicios del Siglo XXI, en muchos casos no han existido causas que fundamente este tipo de conducta

retrocesos en el camino de tratar de conformar y consolidar una política penal efectiva, en la cual, sin llegar a dejar de brindar una protección a los bienes jurídicos, sea desarrollada una tendencia reduccionista de la ejecución del Derecho penal, resulta ser un verdadero reto y una aspiración.

2. La privativa de libertad

2.1. Antecedentes históricos

La vida del hombre, como ser social, está marcada por diferentes situaciones, algunas de ellas incontrolables, por lo que algunas medidas han debido ser aplicadas con el fin de restablecer el equilibrio en la sociedad, tal es el caso de las medidas privativas de la libertad. Este tipo de acciones o medidas parten de la concepción en torno a la prisión, la cual ha sido entendida como “(...) privación de la libertad corporal de la persona”²⁷¹.

Este desarrollo del hombre se caracteriza por tener diferentes problemáticas o cambios sociales, que alcanzan cierto sentido desde un ámbito positivo y negativo. En el marco de lo positivo se destaca un desarrollo sociocultural, tecnológico y científico, y desde un marco negativo el desarrollo del hombre llega a identificarse con la afectación y pérdida de valores morales. Respecto a este último se ha llegado a aplicar la privación de la libertad como una medida o castigo para las personas que han infringido estas normas de moralidad dentro de la sociedad, por medio de la ejecución de acciones catalogadas como hechos delictivos. La acción de privación de la libertad implica el despojo a alguien de su libertad, y por lo tanto la reclusión en contra de su voluntad, en determinada edificación destinada al efecto.

Las personas que son privadas de la libertad han sido expuestas a variadas situaciones, en las cuales se les ha violentado sus derechos fundamentales, a consecuencia

legislativa. Por otro lado, se destaca la extrema situación de violencia que predomina en varios territorios latinoamericanos como el terrorismo, el crimen organizado, el tráfico de drogas y de personas, por solo mencionar algunos, han ganado terreno, y el Derecho penal se ve como un mecanismo para hacerle frente, pero ello ha generado un debilitamiento del Derecho penal del ciudadano y se ha fortalecido una práctica punitiva negativa.

²⁷¹ PUIG, C. *Derecho Penitenciario: el cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Editorial: Atelier. Barcelona, 2012.

de ello se han perjudicado diversos aspectos de la vida del individuo tales como la familia y el ámbito laboral, principalmente en lo que se refiere a las relaciones establecidas en ambos marcos sociales. Estas afectaciones han estado influenciadas principalmente por las condiciones y tratos que las personas privadas de la libertad han recibido en los centros penitenciarios donde se llega a cumplir este tipo de pena o sanción.

A partir de los criterios aquí reflejados en torno a la privación de la libertad, resulta necesario realizar un análisis del surgimiento y desarrollo de esta pena aplicada por el derecho penal. Dicho esto, en documento de épocas antiguas como la Ley de la XII Tabla, el Código de Hamurabi, y el Corán, por solo mencionar algunos de los manifiestos más relevantes en la doctrina jurídica, se reflejaron ideas respecto a la privativa de la libertad, tal es el caso de la aplicación de este tipo de medida como una herramienta que aseguraba la presencia de una persona acusada, respecto a determinado hecho, ante las autoridades con el objetivo de que el acusado recibiera la pena correspondiente²⁷².

En el transcurso del periodo histórico perteneciente a la Edad Media, la iglesia desempeñó un papel protagónico en los que se refiere a políticas de control social y poder estatal. Para ello fueron implementados una serie mecanismos o acciones entre las que se destacan aquellas dirigidas a mantener un control social, por lo que se ejecutó una especie de adoctrinamiento religioso que estuvo acompañado de castigos corporales para aquellos que incumplieran los estándares establecidos por la iglesia, donde la privación de la libertad fue aplicada, así como los castigos corporales²⁷³.

En el Siglo XVI puede apreciarse el surgimiento de casas correccionales, principalmente en el continente europeo, cuyo fin principal consistió en educar a las personas privadas de la libertad mediante la implementación de trabajos forzados, además de que en este tipo de centros fueron recluidos mendigos y mujeres que ejercían la prostitución. Otro aspecto que señalar resulta ser la imposición de trabajos a determinadas personas, en las embarcaciones marítimas que existían en la época, dichos trabajos

²⁷² “En estos casos la sanción privativa de la libertad era la antesala de la aplicación de penas como mutilaciones, torturas o la pena de muerte, cuyo fin principal estaba dirigido a que la persona confesara el hecho delictivo”. RIVERA BEIRAS, I. *Política Criminal y Sistema Penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Editorial: Anthropos. Barcelona, 2005.

²⁷³ FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*. Editorial: 3era edición, Bosch. México D.F, 2012.

constituyeron un medio para privar a las personas de su libertad, por periodos de tiempo indefinidos y sin derecho a remuneración económica. En siglos posteriores la privación de la libertad se desarrolló como una práctica dirigida a garantizar la presencia de determinado acusado en los procesos a los que se enfrentaba, tal como se materializó en periodos históricos precedentes. Una característica que destacar en la ejecución de las penas privativas de la libertad, específicamente en el Siglo XVII, fue la desproporción que existía entre el hecho delictivo que se cometía y la aplicación de la sanción respectiva, esta última presentó una fuerte tendencia a no contar con la representación legal correspondiente²⁷⁴.

En el caso ecuatoriano la pena privativa de la libertad puede ser analizada desde la época precolombina, periodo histórico y cultural que forma parte de la identidad del país, y específicamente la cultura incaica, cuyas costumbres ancestrales perduran en la actualidad, en diversas comunidades indígenas que habitan en el territorio nacional. Los incas se caracterizaron por desarrollar un sistema de justicia eficaz e inmediato, en el cual los actos de juzgamiento se desarrollaron en lugares públicos ante todos los habitantes de la comunidad, el objetivo principal recayó en que la persona acusada no volviera a delinquir. En lo que respecta a las sanciones implementadas estas consistieron fundamentalmente en la explotación laboral, además de que existieron los confinamientos hacia los traidores, y las personas que cometían delitos graves. Este tipo de cárcel constituían bóvedas totalmente privadas de la luz y estaban ubicadas debajo de la tierra, por lo que la fuga de estas resultó ser prácticamente imposible²⁷⁵.

De lo hasta aquí expuesto se puede concluir que las sanciones aplicadas en la época precolombina estuvieron marcadas por un carácter tradicional, y su desarrollo estuvo enmarcado en tres grupos, estos son: los de primera instancia en el cual eran posicionadas las desobediencias contra el inca, la religión y el Estado, el segundo grupo abarcó todas aquellas infracciones contra las personas, y el tercer y último grupo fueron ubicadas las contravenciones por delitos sexuales y la propiedad colectiva. Cabe reiterar que los castigos comunes resultaron ser la pena de muerte y las sanciones corporales.

²⁷⁴ *Ibidem*

²⁷⁵ GARCILASO DE LA VEGA, C. A. *Comentarios reales de los incas, Tomo I*. Editorial: 4ta edición, Fondo de Cultura Económica. México D.F. 2011.

Ahora bien, si se analiza la evolución de los centros de detención en el Ecuador y la normativa penal correspondiente, que se erigen como el principal mecanismo a través del cual se llega a implementar la pena privativa de libertad, se puede decir que a partir del Siglo XIX surge un código penal cuya fundamentación se caracterizó por ideas liberales, y se convirtió en una base de índole teórica, que otorgó legalidad a las penas implementadas para los delitos respectivos. No obstante, al desarrollo de un respaldo jurídico con la aprobación del código penal ecuatoriano del año 1837, persistían mecanismos tradicionales de aplicación de los castigos.

En años posteriores del propio Siglo XIX, fueron desarrolladas marcadas consecuencias psicológicas a partir de la implementación de la pena privativa de la libertad, es decir que la ejecución de este tipo de sanción conllevó a la fomentación de afectaciones para aquellas personas que le era aplicada, ya que la sanción de privación de libertad consistía en la ejecución de trabajos que denigraban al sujeto, y dicha labor resultaba inútil en su reincorporación a la sociedad. Producto de estas prácticas la persona privada de la libertad llegó a presentar variadas enfermedades como la demencia, y la pena de muerte fue sustituida por largos periodos de reclusión en los centros penitenciarios, donde la sanción máxima de privación de la libertad establecida fue de dieciséis años.

En el año 1874, bajo el gobierno del entonces presidente del Ecuador, Gabriel García Moreno, se construyó un centro penitenciario, que fue bautizado con el nombre del propio presidente. Fue una edificación que carecía de las condiciones óptimas para cumplir la pena privativa de la libertad, es decir, que no poseía una ventilación adecuada, una buena iluminación y además presentaba condiciones de insalubridad. Al respecto algunos historiadores, como Ayala Mora, señalaron lo siguiente: “El centro carcelario del país, son bodegas humanas, los máximos representantes de la pobreza, miseria, analfabetismo, desnutrición”.²⁷⁶

En sus inicios y posterior desarrollo, la pena privativa de libertad contempló conflictos importantes, tal es el caso del momento de establecer una sanción, ya que los delitos o infracciones fueron tomados en cuenta desde una perspectiva religiosa, un

²⁷⁶ AYALA MORA, E. *Historia del Ecuador...* op., cit., p. 58.

ejemplo claro fue el antes mencionado centro penitenciario García Moreno, que desde su inauguración no contó con una adecuada infraestructura, ya que las condiciones de vida eran inhumanas e incitaban a la degradación de la persona privada de la libertad.

Algunos historiadores ecuatorianos al describir las condiciones que existieron en el penal García Moreno han señalado que en los casos en que la persona privada de la libertad cometía una infracción esta recibía alimentos como pan y agua por periodos prolongados de tiempo, además de que el centro penitenciario no tenía servicios higiénicos, por lo que los reclusos debían convivir con sus propios desechos corporales. En el caso de los castigos ejecutados estos fueron crueles, y por lo tanto vulneraban los derechos fundamentales de las personas²⁷⁷.

En la primera mitad del Siglo XX, fue creada en el país la denominada Colonia Penal de Galápagos, cuya edificación albergó a las personas privadas de la libertad con el fin de brindarles una readaptación social. Este objetivo no se cumplió por lo que dicho centro fue clausurado ya que en este periodo se poseía una cultura más amplia hacia el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Posteriormente las cárceles ecuatorianas fueron ubicadas por municipios donde las personas privadas de la libertad debían cumplir las condenas respectivas.

El cumplimiento de estas sanciones, a partir de la implementación de cárceles en los municipios, tenían como fin principal medidas correccionales, tales como los trabajos comunitarios ejecutados durante el día. El perfeccionamiento de los regímenes de privación de la libertad en Ecuador ha transitado por un camino lento marcado de aspectos negativos, que aun en la actualidad perduran, en una menor medida, tales como los conflictos entre los prisioneros, el hacinamiento, todos ellos constituyen prácticas y acciones opuestas a la rehabilitación social, esta última se erige como el fin de la pena de privación de libertad.

De este modo en el país se pone de manifiesto una evolución histórica de la pena que refleja elementos despiadados y violentos que llegan a inducir afectaciones semejantes o peores que las del delito por la que fue impuesta. En este caso el delito surge

²⁷⁷ *Ibíd*

como una violencia ocasional, en determinado momento impulsivo u obligado, mientras que la violencia que emana de la pena resulta ser programada, organizada y consciente. A modo general la pena llegó a enmarcarse en sus inicios a prácticas que encerraban las penas capitales, y sus respectivas técnicas de ejecución como el ahogamiento, la asfixia en el fango, la rueda, los desmembramientos, la quema en vivo, el empalamiento, la muerte por hambre, entre otras²⁷⁸. La aplicación de las penas, en un inicio no tenían una proporcionalidad con el delito cometido, o sea que para las infracciones leves como son el hurto, falso testimonio, la estafa, por solo mencionar algunas, eran aplicadas las mismas sanciones que a los delitos de mayor gravedad como los homicidios.

De esta forma en la actualidad, las penas, y específicamente la pena privativa de la libertad, han alcanzado un tratamiento hacia la humanización y rehabilitación social del reo. El trayecto recorrido ha evidenciado importantes falencias de las que el sistema judicial ecuatoriano no ha quedado exento. El pasado y el presente convergen en la existencia de prácticas negativas que denotan falta de interés en cuanto al tratamiento adecuado de las personas privadas de la libertad, principalmente en lo que se refiere al respeto de los derechos fundamentales. Persisten elementos como las condiciones de aislamiento o el marcado embrutecimiento de los regímenes carcelarios, pero por otro lado se persigue erradicar esos males a través de la construcción de centros penitenciarios en los cuales se incentive la rehabilitación del individuo y la aprobación de leyes donde la pena privativa de libertad no ocupe un rol protagónico.

2.2. Naturaleza constitucional de la privativa de libertad

Si se analiza la pena en el marco constitucional ecuatoriano, se puede percibir que la normativa suprema es la que otorga la base jurídica en la que se sustenta la legitimidad del Estado. La Constitución llega a normar la existencia misma del Estado, para lo cual establece los perfiles principales de las instituciones estatales, así como la estructura orgánica. Se destacan también los lineamientos básicos para la correcta relación ciudadano-Estado, y con ello aquellos derechos fundamentales que ostentan las personas

²⁷⁸ RODRÍGUEZ YAGUE, C. *Pena de muerte y Derechos Humanos: hacia la abolición universal*. Editorial: Universidad de Castilla-La Mancha. Castilla-La Mancha, 2014, pp. 17-26.

en los diversos ámbitos, es decir en lo económico, político, social, cultural, religioso, entre otros.

De esta forma, resulta evidente que el Estado por medio de su ordenamiento jurídico, regido por la norma constitucional, abarca todo el tema referido al sistema represivo, o sea, el ente estatal que lo abarca, sus atribuciones y sus limitaciones, estas últimas vinculadas directamente con los derechos humanos que les asisten a las personas que pueden ser sujetos de sanciones penales, después de someterse al respectivo procedimiento judicial. En el caso específico de la pena la norma constitucional señala de forma expresa lo siguiente:

“Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”²⁷⁹.

Acorde a este precepto legal todas las personas poseen derechos sustanciales, que además son reconocidos constitucionalmente, y que se incluyen aquellas personas que fueron sometidas al sistema punitivo estatal. En el caso del derecho a la libertad²⁸⁰ garantizado en el propio texto constitucional y la aplicabilidad de la pena privativa de la libertad, esta debe ser entendida como una limitación impuesta por el Estado, que tiene como propósito garantizar y salvaguardar la convivencia dentro de la sociedad, a través de la construcción de un ambiente de paz.

En el caso de la prisión como un límite directo al derecho de libertad que posee la persona, no solo presente objetivos claros respecto a la sociedad, sino que además tiene fines en torno al recluso, ya que desde el ámbito de la doctrina jurídica se han establecido patrones como la reeducación de la persona privada de la libertad y su respectiva reincorporación a la vida social. Para las sanciones penales que implican la pena de

²⁷⁹ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/*Constitución de la República del Ecuador-CRE*.

²⁸⁰ *Ibidem*.

muerte, estas quedan prohibidas de manera expresa en el texto constitucional²⁸¹, por lo que no tienen cabida dentro del sistema penitenciario ecuatoriano.

En lo que respecta a los términos legales empleados en la norma constitucional relacionados con la privación de la libertad, se aboga por la rehabilitación social del reo, por lo que la pena de muerte resulta ser una medida que se contrapone con el reconocimiento del derecho a la vida, como un derecho primordial del ser humano. De esta manera la institucionalidad del Estado ecuatoriano, que se ha proclamado como democrático y respetuoso de los derechos fundamentales, no puede albergar sanciones punitivas como la pena de muerte.

Como parte de los derechos fundamentales y constitucionales se encuentran el derecho a la integridad personal²⁸², que se relaciona al aspecto físico, psicológico, moral y sexual, dirigido a garantizar los atributos inherentes a la persona, por lo que las penas dotadas de crueldad resultan ser prohibidas, tales como la tortura y todo procedimiento denigrante al ser humano que implique acciones violentas. No obstante, hasta hace poco tiempo en el Ecuador se fomentó la crueldad dentro del sistema punitivo, ya que existían condiciones de hacinamiento en la mayoría de los centros penitenciarios, lo cual condujo a incrementar la degradación del individuo privado de la libertad, con un entorno violento y hostil, y por lo tanto inadecuado para la rehabilitación social del recluso.

Otra práctica que puede catalogarse como cruel con relación a la ejecución de la pena privativa de libertad, es cuando esta es materializada en el caso de que los reclusos presenten un estado grave de peligro o vulnerabilidad, tal es el caso de personas que tienen enfermedades graves y en numerosas ocasiones la persona enfrenta la etapa terminal. Bajo estas condiciones los reclusos de las instituciones penitenciarias del Ecuador llegaron a enfrentar un verdadero suplicio ante todo un sistema normativo que abogaba por la rehabilitación social del reo.

La pena también está contemplada en la norma constitucional en lo que respecta a la protección del derecho de integridad personal, ya que llega a ser reconocida de manera expresa la imprescriptibilidad de acción y de pena para los delitos catalogados como de

²⁸¹ *Ibidem.*

²⁸² *Ibidem.*

lesa humanidad²⁸³, ejemplo de ellos son los delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada, homicidio por razones políticas, entre otros. Esto llega a tener como justificación la protección que deben tener las personas ante delitos de gran envergadura, que poseen una naturaleza altamente lesiva, y que a su vez son fuertemente rechazados por la sociedad en general.

El derecho al debido proceso²⁸⁴ es otro de los aspectos reconocidos en la norma constitucional que se vincula directamente, ya que sirve de fundamento para establecer o más bien determinar el principio de legalidad de la sanción penal. Otro principio que se llega a reflejar es el principio pro-reo²⁸⁵, el cual va dirigido a regular los casos en que existen conflictos entre normas sancionatorias, en cuyo caso es aplicable el precepto legal que resulta ser más favorable al reo. En cuanto al debido proceso este principio también se encuentra relacionado con el principio de retroactividad en la normativa penal, es decir que el precepto legal que contenga la sanción más favorable al infractor será aplicado, aun cuando la promulgación de dicha ley fuere posterior a la realización del hecho delictivo.

El principio de proporcionalidad²⁸⁶ en el marco del derecho penal y todo lo referente a las infracciones y sanciones, promulga un criterio de igualdad que debe regir entre la gravedad de la infracción ejecutada, la necesidad implícita en la rehabilitación social del recluso, el daño generado, la alarma social derivada del delito y la sanción penal aplicada a cada situación en específico. Si la sanción penal impuesta se presentara una proporcionalidad inferior, se estaría en presencia de un caso de impunidad respecto al delito cometido, y caso contrario, o sea si la sanción penal fuera proporcionalmente superior a la infracción realizada, se generaría una pena catalogada como cruel y arbitraria.

En el campo de la ejecución y desarrollo de las sanciones dentro del derecho penal cobra un importante lugar la denominada sustitución de penas, que desafortunadamente no ha sido desarrollada de manera acertada en parte de la normativa penal ecuatoriana. Si se analiza el ordenamiento jurídico nacional y su evolución en el transcurso de los años

²⁸³ *Ibidem.*

²⁸⁴ *Ibidem.*

²⁸⁵ *Ibidem.*

²⁸⁶ *Ibidem.*

hay que destacar que la norma constitucional del año 1998 y su vigencia por casi una década no propició el desarrollo de una normativa complementaria en el campo del derecho penal que fomentara o más bien estableciera la sustitución de penas, especialmente las pena privativa de libertad, para lo cual deben ser tomados en consideración aspectos peculiares como: la naturaleza específica de cada caso, la personalidad del sujeto infractor y la necesidad de rehabilitación social que posee la persona sentenciada.

Posteriormente con la aprobación de la Constitución del año 2008, pasaron aproximadamente seis años para que se promulgara una nueva ley penal, el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en el cual la sustitución de penas ha tratado de establecerse, al regular la posibilidad de dicha sustitución entre la prisión preventiva y las medidas cautelares de otra naturaleza²⁸⁷.

Este sistema de sustitución de penas resultó ser discriminatorio, y por lo tanto plagado de injusticias hacia la persona procesada, lo cual evidenció la marcada incapacidad del órgano legislativo para emitir leyes que fomentaran la rehabilitación social del reo y la humanización de la pena. En el COIP se pretende cambiar las viejas prácticas, ya que se reconoce la implementación de este principio de sustitución de penas, enfocado, en parte, en las necesidades de rehabilitación social de la persona privada de la libertad.

A pesar de este intento reciente por redireccionar la aplicabilidad de la pena privativa de la libertad, alejado de elementos negativos como la degradación del ser humano, a partir de los propios preceptos establecidos en la normativa constitucional vigente, los niveles de delincuencia resultan ser significativos, por lo que la rehabilitación social del reo aun no es palpable en resultados positivos. Otro precepto constitucional relacionado con la aplicabilidad de las penas es el Art. 79, en el que se llega a negar la

²⁸⁷ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014/ *Código Orgánico Integral Penal- COIP*.

extradición de los ciudadanos ecuatorianos, por lo que su juzgamiento está determinado por las leyes nacionales de manera exclusiva²⁸⁸.

No obstante, a todos estos aspectos positivos que son recogidos en la normativa constitucional ecuatoriana con relación a la aplicabilidad de las penas, persisten vacíos legales que imposibilitan en la práctica brindar un mejor tratamiento a la aplicabilidad de la pena privativa de la libertad, o sea alternativas viables que le permitan a la persona sancionada, enmendar el perjuicio ocasionado y rehabilitarse de forma adecuada. Es así que deben constar y diferenciarse aquellos grupos que requieren una atención prioritaria, en este caso el recluso y su familia, en los cuales deben valer ciertas restricciones en el momento de ejecutar medidas cautelares personales o de penas privativas de la libertad, ya que puede existir una situación de vulnerabilidad. Es por ello que la insuficiencia normativa persiste, por lo que se debe trabajar en el mejoramiento de estas prácticas, aunque la propia norma penal establece excepciones hacia el tratamiento brindado a las mujeres embarazadas y las personas de la tercera edad²⁸⁹, también se reconoce que cualquier otra persona en una situación de peligro puede ser detenida y recluida en un centro penitenciario. Tanto la detención como la permanencia en las instituciones penitenciarias pueden llegar a colocar a la persona que la sufre en un estado de vulnerabilidad, incluso puede agravarse si antes del internamiento ya el sujeto era vulnerable.

La humanización de la pena y el sentido que se persigue en cuanto a la rehabilitación social de la persona privada de la libertad, son dos factores que se encuentran claramente reflejados en la norma constitucional del 2008 y vigente, tal es el caso de lo recogido en el parte de su articulado²⁹⁰ donde se establece como aspiración del legislador el desarrollo de sanciones alternativas a la pena de privación de libertad, para lo que deberá tomarse en consideración características específicas de cada caso, así como las necesidades presentes para poder implementar una adecuada reinserción social. Estos

²⁸⁸ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/*Constitución de la República del Ecuador-CRE*.

²⁸⁹ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014/*Código Orgánico Integral Penal- COIP*.

²⁹⁰ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/*Constitución de la República del Ecuador-CRE*.

criterios son muy alentadores y positivos, ya que es imprescindible dirigir la sanción penal hacia verdaderos sistemas de rehabilitación social que se alejen de doctrinas clásicas que se basan en prácticas crueles y degradantes.

Para la pena privativa de la libertad el Ecuador ha implementado el desarrollo de un sistema de rehabilitación social que según la norma constitucional²⁹¹ tiene como fin principal la rehabilitación integral de las personas que han sido sentenciada en el marco de la ley penal para posteriormente cumplida la condena reinsertarlas en la sociedad, además de la protección hacia esas personas privadas de la libertad y le cumplimiento de sus respectivos derechos fundamentales. En este sentido se reconoce que el sistema penitenciario deberá tener como propósito principal el desarrollo en los reclusos de capacidades que le brinden la posibilidad de ejercitar sus derechos humanos y cumplir con sus deberes para así lograr recuperar la libertad. A modo general se puede afirmar que la norma constitucional ecuatoriana le asigna a la pena privativa de la libertad el propósito de reducir y capacitar al recluso para que llegue adquirir herramientas necesarias en el desarrollo del trabajo, y además con la finalidad de lograr su total rehabilitación y reincorporación a la vida en sociedad.

El entusiasmo del legislador ecuatoriano, en cuanto a la implementación de un sistema adecuado de rehabilitación social, se destaca en la propia norma constitucional al asignarle al Estado la total responsabilidad de facilitar los recursos necesarios para que las personas privadas de la libertad tengan garantizados sus derechos de salud, tanto física como psicológica²⁹². Otra situación por destacar es la que padecen las personas que deben ser procesadas, y aún no han sido condenadas, las que en muchos casos deberán permanecer en centro penitenciarios, de manera provisional, en espera del juicio. Esto significa que una importante parte de la población carcelaria en el país está integrada por personas en espera de un juicio, o sea que se encuentran en un estado de procesamiento, y que además les asiste el principio de presunción de inocencia, y a pesar de ello son sometidos a una reclusión, en situaciones que contribuyen a su desmejora física y mental, ya que dicho estado puede generar una marca negativa en la vida de la persona, para

²⁹¹ *Ibidem.*

²⁹² *Ibidem.*

posteriormente existir la posibilidad de ser absuelto una vez ejecutado el proceso judicial correspondiente.

Las facultades sobre a la posible aplicación de sanciones sustitutivas a la pena privativa de libertad, recae en el juez, así lo contempla el texto constitucional. Esta potestad resulta ser discrecional, por lo que es necesario que el propio juez le brinde un trato prioritario a este tipo de medidas, acorde a las circunstancias de cada caso, la personalidad que posee el sujeto infractor y las necesidades existentes para desarrollar una adecuada rehabilitación social, acorde a lo establecido en la propia norma legal.

Las recientes reformas a la normativa penal contemplan este tipo de sustituciones, pero sólo en determinados delitos la ley llega a establecer expresamente que las medidas sustitutivas serán contempladas por el magistrado solo en las infracciones que no superen la sanción de cinco años de privación de libertad²⁹³. Esto evidencia que en la actualidad son aplicadas medidas sustitutivas a la pena privativa de libertad, lo cual posibilita beneficios marcados para la persona procesada, por otro lado, el juez deberá aplicar estas medidas de manera adecuada, ya que existe la posibilidad de que juzgadores complacientes motiven a generar un beneficio hacia aquellos sujetos que presentan un alto grado de peligrosidad.

Es necesario destacar la notoriedad del texto constitucional vigente en cuanto al su aporte en el reconocimiento de todos estos elementos sobre la aplicabilidad de la pena, y principalmente el sentido humanitario implícito en la misma. Aspectos tales como la atención prioritaria que deben recibir las personas privadas de la libertad, donde se establecen derechos elementales que resultan inviolables como son la prohibición del aislamiento como una sanción, la prohibición de las visitas familiares y de los abogados, por solo mencionar algunas²⁹⁴. Es así como la pena privativa de libertad y los derechos que le asisten a los sujetos que se les aplica este tipo de sanción deben contemplar procedimientos adecuados en los que se respeten los mismos, ya que así no son considerados o tomados en cuenta como simples enunciados, y se brinda un

²⁹³ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014/ *Código Orgánico Integral Penal- COIP*.

²⁹⁴ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/ *Constitución de la República del Ecuador-CRE*.

aseguramiento a los reclusos en su calidad de vida, lo que contribuye directamente en su rehabilitación social, y así se evidencia el respaldo constitucional en la humanización de la pena.

Los elementos aquí expuestos tienen un trasfondo social, desarrollado dentro de la propia doctrina del derecho penal. Como parte de los fundamentos sociales que se erigieron en torno a la pena privativa de la libertad y como parte del contexto histórico donde fue originada, se llegó a defender la necesaria destrucción del vínculo que existe entre la pena y el delito, para así alcanzar su claro entendimiento, así lo reflejó el politólogo alemán Otto Kirchheimer en su obra *Pena y Estructura Social*, en la cual planteó lo siguiente:

“El vínculo, transparente o no, que supuestamente existe entre el delito y la pena debe ser destruido en tanto que impide toda investigación acerca del significado autónomo de la historia de los sistemas punitivos. La pena no es una simple consecuencia del delito, ni su cara opuesta, ni un simple medio determinado para los fines que han de llevarse a cabo”²⁹⁵.

En cierta medida lo planteado por Kirchheimer posee determinada certeza, debido a que han sido desarrolladas escuelas, teorías y tendencias en relación con los fines de la pena, los vínculos emanados de la misma y la teoría del delito. Sin embargo, la esencia social de la pena ha llegado a enmarcarse en el tipo de pena y el entendimiento sobre cuándo un castigo tiene mayor aplicabilidad a diferencia de otros, y también por qué una cierta sanción aparece y desaparece, o puede ser sustituida. En lo que se vincula todas estas interrogantes el enfoque social dado, no ha sido desarrollado desde una perspectiva objetiva o material.

Es por medio del Derecho como ciencia y rama independiente dotada de un objeto y campo propios de estudio, que las diversas clases que han asumido posiciones de poder en el transcurso de la historia han podido expresar cierta valoración social sobre lo que los rodea. En el caso de la prohibición penal, esta se erigió como expresión de un conjunto de valores, o sea ha estado enfocada en la exteriorización de una escala de valores. Por

²⁹⁵ KIRCHHEIMER, O. *Pena y Estructura Social*. Editorial: 5ta edición, Temis. Bogotá, 2013, p. 29.

medio de actos prohibitivos han sido desvalorizadas gran cantidad de acciones ejecutadas por el hombre, conductas que son contrarias a las necesidades de determinado grupo social, que puede ostentar el poder. De esta forma, el castigo responde directamente a la prohibición, el uno condiciona al otro y viceversa, es decir constituyen un par dialéctico. La acción de castigar representa el carácter coactivo del Derecho, y en el caso de su forma y elección están implícitos una serie de valores que representan a la clase social que ostenta el poder, es decir el Estado.

En la actualidad la privación de la libertad es una medida que se aplica en la resolución de determinados conflictos que constituyen delitos penales. representa además un símbolo de castigo dentro del sistema punitivo, pero su afincamiento parte el Siglo XVIII, específicamente a finales de este, donde la privación de la libertad era utilizada como una medida cautelar que permitía asegurar la materialización del proceso, para posteriormente aplicar la sanción respectiva que a modo general era la pena de muerte, la tortura u otro castigo. La transición de la privación de la libertad como una simple medida cautelar a su implementación como un tipo de pena, está determinado por varios elementos, el primero de ellos es el entender qué convirtió a la libertad en un bien, y en segundo lugar cuál necesidad material le otorgó valor y su relación con el objeto de que podría constituir un castigo ante el desarrollo de una transgresión o infracción²⁹⁶.

La base material de la sociedad guarda un estrecho vínculo con la transición de la pena privativa de la libertad y su concepción en la actualidad. El hilo conductor del origen de esta y su respectiva naturaleza social responden a la forma de producir bienes materiales. Por ejemplo, antes del advenimiento del modelo de producción capitalista, la libertad del hombre estaba posicionada en un plano social insignificante, es decir que los modos de explotación predominantes respondían a la esclavitud y a la servidumbre, donde las personas eran sometidas a sistemas de trabajo basados en la explotación del hombre por el hombre, dígase la etapa donde rigió el sistema feudal.

Posteriormente con la aplicación y auge del sistema capitalista todo este mecanismo de explotación se transformó, y se promociona la política del “hombre libre”.

²⁹⁶ ANITUA, G. I. “Contradicciones y dificultades de las teorías del castigo en el pensamiento de la ilustración”. En V. Autores, *Mitologías y Discursos sobre el castigo: historias del presente y posibles escenarios*. Editorial: 2da edición, Anthropos. Barcelona, 2014, pp. 13-31.

El modelo de producción capitalista requiere del hombre libre, y los respectivos medios de trabajo, los cuales van a conformar los cimientos y el punto de partida para dicho sistema. La libertad se convierte en un bien para el capitalista, motivo por lo que los métodos de castigar cambian, por lo que su comprensión no solo parte del estudio del Derecho, sino que primero hay que lograr entender el entorno material en cual emergen los mecanismos de castigo. Algunos autores han llegado a plantear al respecto que: “(...) el modo de producción capitalista convirtió a la libertad en un bien para la sociedad en razón a la necesidad material que dio solución”²⁹⁷.

La consideración de la libertad como un bien se convierte en la primera condición objetiva que versa sobre la misma, y a su vez constituye el primer paso para su posterior tratamiento como un tipo de pena y objeto de restricción en el castigo. Como bien, la libertad también llega a adquirir un valor, fue tomada en cuenta como una necesidad condicionada a la existencia del orden social ²⁹⁸, principalmente para la clase social políticamente dominante, de lo cual se derivó su transformación hacia un bien objeto de restricción en la aplicación del castigo, y además la necesidad de disciplinar.

Junto a esta concepción material y objetiva de la libertad, en un marco social, emerge una fuerte corriente humanista, en la se defendió a la pena privativa de la libertad como una alternativa y salvedad ante las penas crueles como los castigos corporales y la pena de muerte. La propuesta de la privación de libertad como sanción alternativa, no fue enfocada en un principio a tratar de solucionar los orígenes del conflicto, sino que es a partir de desarrollo de la Criminología como rama, en donde la prisión como pena adquiere un aval teórico y un fundamento científico. Todos estos elementos

²⁹⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*. Editorial: décimo quinta edición, Losada. Buenos Aires, 2013, p. 139.

²⁹⁸ Al respecto refiere Pavarini: “...cuando los niveles cuantitativos de la fuerza de trabajo expulsada del campo fueron superiores a las posibilidades efectivas de su empleo como mano de obra de la manufactura reciente, la única posibilidad de resolver la cuestión del orden público fue la eliminación física para muchos y la política del terror para los demás. La consideración política respecto de las clases marginales cambió a su vez gradualmente con el desarrollo, en los inicios del siglo XVII y más aún en el siglo XVIII, de la manufactura, después de la fábrica, y por lo tanto con la siempre creciente posibilidad de transformar aquellas masas en proletarios ... a la brutal legislación penal de los siglos XVI y XVII le sigue progresivamente un complejo de medidas dirigidas a disciplinar a la población fluctuante y excedente a través de una variada organización de la beneficencia pública por un lado, y a través del internamiento institucional por otro...” PAVARINI, M. *Control y Dominación (trad. I. Muñagorri)*. Editorial: 4ta edición, Siglo XXI, México D.F, 2012, p. 81.

evolucionaron con el transcurso de los años hasta que la privación de la libertad, como sanción, es propuesta bajo la concepción de la resocialización de la persona condenada.

2.3. Garantías constitucionales frente a la privación de libertad

Es necesario señalar que las garantías constitucionales, en torno a los derechos fundamentales ameritan una reflexión respecto a su funcionamiento y vínculo con la democracia, todo ello con el objetivo de reflejar su importancia y aplicabilidad en el Ecuador. Es así que la noción de democracia representa un método que impulsa la conformación de decisiones de carácter público, es decir, “(...) el conjunto de reglas que atribuyen al pueblo o, mejor, a la mayoría de sus miembros el poder, directo o mediatizado por representantes, de asumir decisiones públicas”²⁹⁹. Por lo que las garantías constitucionales se erigen como los mecanismos establecidos a partir de la norma suprema, con el objetivo de prevenir, cesar o enmendar la posible violación de un derecho fundamental, que a su vez está establecido en la propia Constitución.

En el caso de no existir una garantía, los derechos se convertirían en simples enunciados, carentes de una eficacia jurídica dentro de la realidad social. En el caso de las relaciones jurídicas las garantías siempre han estado presentes, ejemplo de ello es el acuerdo privado de voluntades, entre dos partes, donde se establece el compromiso de realizar determinada actividad, donde en dicho contrato llega a surgir una cláusula destinada a la garantía en el supuesto de que medie algún tipo de incumplimiento. Esta situación también llega a suceder dentro del Derecho Constitucional, ya que la norma constitucional podría ser catalogada como un pacto de carácter social, en el cual se llegan a incluir responsabilidades de las personas, tal es el caso de la limitación de la libertad en aquellos supuestos donde se alcanzan a violar los derechos protegidos por el derecho penal, o el incumplimiento de pagos tributarios, y en el caso de las obligaciones del Estado, estas llegan a manifestarse en parte, con el cumplimiento y respeto de los derechos fundamentales.

²⁹⁹ FERRAJOLI, L. “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”. *Indret*, diciembre 2016, p. 16.

Los derechos humanos y las respectivas garantías deben ir de la mano, por lo que dichas garantías frente a los derechos pueden contribuir a la manifestación de tres situaciones en el ámbito del sistema jurídico, estas son: primero no hay garantías, pero hay derecho; segundo existen garantía, pero son deficientes en su diseño; y por último hay garantías adecuadas para cada uno de los derechos fundamentales. En la doctrina jurídica la norma legal ha sido relacionada con dos elementos principales como son la condición y la obligación, lo cual acorde a la realidad se llega a establecer esa condición, un magistrado o juez, por medio de la imputación, alcanza a determinar la obligación³⁰⁰. De lo establecido en la doctrina jurídica, se colige que la propia obligación, como parte de la lógica positivista, sin la existencia de dicha obligación no existiría la posibilidad de una intervención por parte del juez. Es necesario agregar que, de no existir una garantía, no puede darse el derecho, convirtiéndose este último en una simple promesa que por demás llega a ser irrealizable. Es necesario que esta situación sea evitada.

En el constitucionalismo y todo lo referente a su evolución y desarrollo, los derechos llegaron a ser establecidos, en un principio, sin las respectivas garantías constitucionales. Es así que, los únicos derechos que tenían la posibilidad de ser exigidos eran aquellos que estaban regulados por el derecho ordinario. Este elemento, o más bien característica, es identificativa de los denominados Estado legales de derecho, o también reconocidos como Estados liberales. Un ejemplo que evidencia el tratamiento de los derechos fundamentales es el derecho a la vida el cual era garantizado por medio de la tipificación en la norma penal; en el caso del derecho a la propiedad y la autonomía de la libertad ambos llegaron a ser contemplados en la normativa civil³⁰¹.

A partir del Siglo XX, la norma constitucional impregnada de una tradición continental, de la cual la nación ecuatoriana es heredera, llegó a establecer variados derechos, donde la gama de derechos humanos se caracterizó por un marcado incremento justo a finales de dicho siglo. De esta manera se puede señalar que, en el Ecuador,

³⁰⁰ KELSEN, H. *La teoría pura del Derecho*. Editorial: 4ta edición, Eudeba. Buenos Aires, 2013.

³⁰¹ BOBBIO, N. *La era de los derechos: el tercero ausente*. Editorial: 3era edición, Ediciones Cátedra. Madrid, 2010, pp. 154-173.

específicamente en el año 1945 se inicia el desarrollo en cuanto a reconocimiento progresivo de los derechos sociales³⁰².

En la normativa constitucional ecuatoriana, como la Constitución de 1998, fueron reconocidos una amplia gama de derechos fundamentales, entre ellos, civiles, económicos, políticos, sociales, culturales y colectivos. No obstante, y a pesar de dicho reconocimiento, las garantías a estos derechos resultaron ser deficientes, ya que sólo llegó a funcionar una garantía constitucional para casos excepcionales, es decir, en aquellas situaciones en que se evidenciaba una violación grave e inminente hacia los derechos, catalogada como garantía cautelar, y en el supuesto de que no existiera otro mecanismo o vía para reparar el derecho afectado, en este caso sería una garantía de carácter subsidiario. Para los derechos civiles fueron establecidas garantías excluyentes. Ante este tipo de situaciones, en la doctrina legal se ha considerado que deben ser evitadas las discusiones respecto a la fundamentación de los derechos una vez que estos están establecidos o reconocidos en la norma jurídica, y deben ser desarrollados mecanismos para poder garantizarlos³⁰³.

Cuando las garantías que son establecidas en torno a los derechos pueden clasificarse de adecuadas, es que las mismas están diseñadas para todos los derechos y su eficacia radica en que llegan a generar los resultados previstos, el principal resultado es que se puede reparar la violación o afectación del derecho³⁰⁴.

Para la existencia y desarrollo adecuado de una garantía constitucional, cada derecho fundamental debe poseer un mecanismo para su efectiva reparación, además de procedimientos constitucionales sencillos y ágiles. En este tipo de supuestos el procedimiento está dotado de una solución de fondo, que dista mucho de ser cautelar, subsidiaria o excluyente. Las garantías aquí descritas son propias de los Estados

³⁰² PAZ Y MIÑO CEPEDA, J., & PAZMIÑO, D. “El proceso constituyente desde una perspectiva histórica”. *La Tendencia, Análisis Nueva Constitución*, abril 2015, pp. 36-50.

³⁰³ BOBBIO, N. *La era de los derechos: el tercero ausente...* op., cit., pp. 170-172.

³⁰⁴ FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales. 3era Edición*. Editorial: 2da edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). Costa Rica, 2014, pp. 303-316.

constitucionales y sociales de derecho, donde el regimen de garantías brinda la posibilidad de profundizar en un ejercicio efectivo de la democracia³⁰⁵.

A partir de este preámbulo, desarrollado de manera general, respecto a las garantías constitucionales y su tratamiento en la doctrina jurídica, resulta necesario analizar aquellas garantías relacionadas directamente con la privación de la libertad de un individuo cuando es sometido a determinado proceso judicial. El Derecho Constitucional tiene como objetivo principal el alcance de la justicia social, la creación de las bases de un sistema político y la correspondiente organización de un Estado, por lo que el funcionamiento de un Estado de Derecho radica en el cumplimiento del derecho por medio del cual es creado y el sometimiento del propio Estado a dicho derecho, como una clara manifestación del poder estatal.

En la norma constitucional ecuatoriana son establecidas en el Título III³⁰⁶, toda una serie de garantías constitucionales cuyo objetivo es otorgar un respaldo efectivo a los derechos fundamentales, estas garantías son divididas en: garantías normativas destinadas a principios, normas o reglas jurídicas que contemplan elementales derechos, los cuales son reflejados en la normativa constitucional, con el objetivo de que dichos derechos sean cumplidos, ejecutados y respetados; políticas públicas, servicios públicos y de participación ciudadana que constituyen garantías institucionales, esto significa que son normas constitucionales dirigidas al funcionamiento del engranaje estatal con el propósito de garantizar y proteger el orden constitucional; y por último en garantías jurisdiccionales (Ver Anexo No. 2), las cuales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, además de la violación y la reparación integral por los daños generados, estas garantías comprenden la acción de protección, la acción de *habeas corpus*, acción de acceso a la información pública, acción de *habeas data*, acción por incumplimiento, y la acción extraordinaria de protección.

³⁰⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción”. En M. Carbonel, Miguel y Salazar, Pedro (coords.) *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Editorial: 2da edición, Trotta. Madrid, 2015, pp. 60-71.

³⁰⁶ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/*Constitución de la República del Ecuador-CRE*.

Además de estas garantías constitucionales, la norma suprema llega a establecer garantías básicas³⁰⁷ en torno al proceso penal donde la persona fue condenada a la privación de la libertad, cuyas garantías responden directamente a los derechos fundamentales de protección, estas garantías son:

1. La privación de la libertad no será considerada una regla general y su aplicación estará dirigida en parte en garantizar la comparecencia de la persona imputada en el proceso.
2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro penitenciario sin una orden emitida por un juez.
3. La persona, en el momento de su detención debe ser informada respecto a las causas de esta.
4. La persona una vez detenida deberá ser informada sobre sus derechos.
5. En el caso de la detención de personas extranjeras, la oficina consular respectiva deberá ser informada de forma inmediata.
6. La incomunicación no podrá ser aplicada a la persona que ha sido detenida.
7. El derecho a la defensa deberá ser respetado en su ejercicio por parte de la persona detenida.
8. Los parientes de la persona acusada no podrán ser llamados a declarar en un juicio penal contra el infractor. Esta es una regla general que además tiene sus excepciones establecidas en la propia norma penal.
9. En el caso de la materialización de la prisión preventiva, tomada en cuenta como una medida cautelar, esta no podrá exceder del término de seis meses

³⁰⁷ *Ibidem.*

para el caso de aquellos delitos sancionados con prisión, y no deberá pasarse de un año en el supuesto de los delitos sancionados con la reclusión.

10. En el caso de ser dictada una sentencia absolutoria, la persona privada de la libertad tendrá que ser liberada de manera inmediata.
11. Las medidas cautelares alternativas a la privativa de la libertad deberán ser tomadas en cuenta por el juez, acorde a lo contemplado en la normativa legal penal.
12. Las personas condenadas con la pena de privación de la libertad, bajo sentencia ejecutoriada, deberán permanecer en un centro de rehabilitación social.
13. La sanción de privación de la libertad en el caso de los adolescentes deberá ser establecida como último recurso.
14. En el caso de existir un uso excesivo de la fuerza, que contribuyan a la ejecución de detenciones arbitrarias, dicho actuar será condenado con sanciones penales y administrativas acorde a lo contemplado en la propia norma penal.

A pesar de que en la práctica judicial se presentan contradicciones entre el discurso de garantías constitucionales, cuyo discurso es requerido para que se gane en la consolidación del Estado de Derecho, y la realidad operativa del sistema procesal penal, este tipo de garantías si llegan a existir de manera formal, y a la vez consagran el derecho al debido proceso, sin menoscabar los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia. De esta forma se pueden deducir como garantías de los ciudadanos, directamente relacionadas a las garantías básicas antes mencionadas, el principio de legalidad y tipicidad; el derecho a ser juzgado acorde a los parámetros establecidos en la norma legal; el principio jurídico *in dubio pro reo*, en el cual se aboga por los casos en que exista duda en determinado proceso, ejemplo insuficiencia probatoria, deberá favorecerse a la persona imputada, esto en el Derecho Penal moderno se evidencia con la

actuación del fiscal donde se deberá probar la culpa de la persona acusada; otro de los derechos resultan ser la proporcionalidad que debe mediar entre la pena y la infracción penal, además de las penas alternativas a la privación de la libertad.

En el caso de aquellas acciones dirigidas a proteger todos los derechos y garantías constitucionales, es decir las garantías jurisdiccionales, es necesario realizar un análisis general de las que intervienen directamente frente a la privación de la libertad. Primeramente, hay que destacar la acción de protección, la cual tiene por objeto el amparo directo y eficaz de aquellos derechos establecidos y por ende reconocidos en la norma suprema. La acción de protección podrá ser interpuesta cuando exista una afectación o vulneración de los derechos constitucionales³⁰⁸. Como propósito principal se destaca el remediar de manera urgente la violación de los derechos fundamentales y constitucionales, para lo cual llega a ser contemplado un procedimiento especial (Ver Anexo No. 3), ya que el trámite deberá ser sencillo, rápido y eficaz, además como otra de sus finalidades se destaca la reparación del daño ocasionado, su cese inmediato o su prevención en el caso de que de que existan claros indicios de que dicho acto ilegítimo puede llegar a producirse. Este tipo de acción puede ser propuesta por cualquier persona o grupos de personas, así como comunidades y pueblos, ante un juez en el propio territorio donde llega a manifestarse la afectación o vulneración del derecho fundamental.

Como parte del engramado de estas garantías constitucionales se encuentra el *habeas corpus*. Este tipo de garantía surge en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir del año 1929, y desde su reconocimiento representa un mecanismo para proteger el derecho que ostenta toda persona a no ser detenida de manera ilegal. Posteriormente en el año 1933 es aprobada la Ley de Derechos de *Habeas Corpus*, en cuya normativa fue delegada la competencia de la tramitación de este recurso al presidente del Consejo Municipal, el presidente del Consejo Provincial, el presidente del Consejo de Estado, el presidente de la Corte Superior y el Jefe Político³⁰⁹; ya en el año 1945 esta facultad fue delegada en el presidente del Consejo del Cantón, de manera exclusiva³¹⁰. La esencia de

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial 138 de 26 de marzo de 1929/ *Constitución Política del Ecuador*.

³¹⁰ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 773 de 31 de diciembre de 1946/ *Constitución Política del Ecuador*.

esta garantía radica en que toda persona que fuere objeto de privación de su libertad, o en el supuesto también de que este derecho fuere amenazado en el marco de la seguridad personal, esta violación de las garantías constitucionales, amerita que la persona perjudicada tenga el derecho de que un juez le admita el *hábeas corpus* (Ver Anexo No. 4), con el objetivo de que la libertad pueda ser restituida, y así eliminar y no brindar la más remota posibilidad de que sea justificada este tipo de conducta en el marco de la legalidad, o por medio de la materialización de procedimientos que tengan un carácter ilegal³¹¹.

Otra de las garantías en el marco de la jurisdiccionalidad resulta ser la acción de *hábeas data*. Este tipo de acción tiene por objeto garantizar en el marco del accionar de la justicia, a todas las personas, el acceso a los documentos o archivos que existan sobre las mismas, y sobre su patrimonio, cuya información está en manos de entidades públicas o personas naturales y jurídicas. Por otro lado, también existe el derecho que tiene la persona de conocer el uso que se le dará a la información. Aunque no responde directamente a la privación de la libertad, si resulta necesario su conceptualización a manera general. De esta forma se puede agregar que es una acción la cual brinda la posibilidad de protección y restablecimiento de las garantías.

La acción de incumplimiento es otra de las garantías constitucionales reconocidas para respaldar el cumplimiento de los derechos fundamentales. Su objeto está enmarcado en garantizar la aplicabilidad de las normas que alcanzan a integrar el sistema jurídico, además contribuye con el cumplimiento de las resoluciones judiciales o aquellos informes de organismos internacionales de derechos humanos, todo ello en el supuesto de que la norma o decisión cuyo cumplimiento se pretende encierra la obligación de hacer o no hacer. Este tipo de acción será interpuesta ante la Corte Constitucional³¹². En el ámbito procesal, esta acción constituye el procedimiento constitucional mediante el cual se llega a empoderar al ciudadano, se pone de manifiesto el derecho de acudir a la justicia con el

³¹¹ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/*Constitución de la República del Ecuador-CRE*.

³¹² *Ibidem*.

objetivo de demandar a un juez que ordene a determinada autoridad el cumplimiento de los imperativos implícitos en la norma legal.

Por último y no menos importante se encuentra la acción extraordinaria de protección, este tipo de garantía va dirigida a las sentencias o autos definitivos a través de los cuales se haya violado derechos reconocidos en la norma constitucional. Este tipo de recurso en el ámbito procesal será interpuesto una vez que hayan sido agotados los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal. Su procedencia responde directamente a la necesidad de proteger los derechos que se encuentren vulnerados por medio de las sentencias ya definitivas y ejecutoriadas. Resulta ser un recurso de carácter extraordinario interpuesto a las sentencias arbitrarias, frente a los atropellos de los jueces o posibilidades de algún error judicial.

En la siguiente tabla se puede apreciar este tipo de garantías de manera más específica:

GARANTÍA	DERECHO PROTEGICO	AUTORIDAD QUE CONOCE LA ACCIÓN
<i>Hábeas Corpus</i>	Derecho a la libertad de tránsito e integridad física.	Juzgado de primera instancia.
<i>Hábeas Data</i>	Derecho a la información personal.	Juzgado de primera instancia.
<i>Acción de acceso a la información pública</i>	Derecho a acceder a la información pública.	Juzgado de primera instancia.
<i>Acción de protección</i>	Todo derecho reconocido en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derecho humanos que no tenga una garantía específica.	Juzgado de primera instancia.
<i>Acción extraordinaria de protección</i>	Debido proceso y derechos fundamentales vulnerados dentro de un proceso judicial.	Corte Constitucional.
<i>Acción por incumplimiento</i>	Garantiza la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos.	Corte Constitucional.

Tabla 2. Garantías jurisdiccionales, procedimiento y aplicabilidad.

2.4. Efectos en los ciudadanos por la privación de libertad

Uno de los fenómenos que inciden en las consecuencias directas que pueden afectar a las personas que se les aplica una pena privativa de la libertad, radica en el denominado fenómeno de la prisionización. Dicho concepto surge en el marco del derecho penitenciario con el objetivo de analizar y explicar las denominadas “subculturas carcelarias”, en aquellas personas que vivieron dicha experiencia. De esta manera se puede definir la prisionización como: “(...) el proceso en el que una persona, privada de la libertad, adquiere códigos, normas sociales y formas de comportarse para poder convivir en la cárcel”³¹³. La persona privada a la libertad se adhiere a los efectos derivados de la prisionización de manera inconsciente, donde la adaptabilidad al medio variará acorde a las características de cada sujeto.

Esta subcultura carcelaria, es considerada por algunos analistas como un mecanismo facilitador en la adaptación de la persona privada de la libertad a las adversidades del entorno al que se encuentra expuesta. No obstante, a este aspecto positivo, pueden desarrollarse algunas conductas en la persona como la desintegración de la personalidad, donde el sujeto está expuesto a una brusca adaptación de su nuevo ambiente, alejado de los códigos de conducta con los que eventualmente convivía. La experiencia subjetiva derivada del periodo de duración de la condena privativa de la libertad tiene implícito una serie de elementos, tales como la estabilidad de la persona antes de que fuera privada de la libertad, la existencia de lazos sociales y sentimentales con otras personas que no están privadas de la libertad, su pertenencia a grupos sociales antes de que fuese materializada la pena privativa de libertad, ejemplo de ello puede ser la realización de actividades laborales. La ruptura con todos estos elementos que imperaban en la vida de determinada persona antes de ser privada de la libertad influirá directamente en los efectos derivados de la prisionización.

Estos efectos pueden verse desde dos ámbitos, el primero de ellos es el momento en que determinada persona debe cumplir con la pena privativa de la libertad en un centro penitenciario. Aquí se pone de manifiesto que el sujeto es sacado o más bien removido

³¹³ GONZÁLEZ, D. *Consecuencias de la prisionización*. Editorial: 2da edición, Universidad de los Andes. Caracas, 2011, p. 296.

de su entorno y posicionado en un contexto nuevo, es decir un ambiente carcelario. Es así que como principales efectos psicosociales sobresalen: alteraciones en la autoestima, carencia de un control respecto al manejo de su vida, la ausencia de expectativas, alteraciones en la sexualidad, manifestaciones de ansiedad, despersonalización y pérdida de la intimidad³¹⁴.

Otro punto de vista en el que los efectos son analizados resulta ser la estigmatización poscarcelaria. Este tipo de estigmatización desde el marco de su definición social llega a ser entendida como: “el juicio social ejercido sobre el antecedente de haber estado privado de la libertad”³¹⁵. En la actualidad el desarrollo y consideración de este tipo de estigma social radica en que la persona estigmatizada es concebida como poseedora de ciertas características o cualidades, que en una medida determinada la sociedad demuestra un marcado rechazo. Estas cualidades tampoco llegan a ser compartidas dentro de la sociedad lo trae como consecuencia que sean contrarias a lo que normalmente impera dentro de la comunidad. A modo general esto repercute directamente a que la persona estigmatizada sea denigrada y recluida a un rango inferior por la propia sociedad.

Estas consecuencias estigmatizadoras que afectan a las personas privadas de la libertad repercuten tanto en las personas que son declaradas inocentes que en aquellas catalogadas como autores efectivos del delito. Es así que se evidencia en condicionamiento negativo que impera en la sociedad, o sea los prejuicios existentes contra todos aquellos sometidos a un proceso penal y que llega a ser recluidos en una instalación penitenciaria.

El efecto negativo de la estigmatización conlleva a que la persona es sometida a un enjuiciamiento constante por parte de la sociedad, con lo cual genera dificultades para la persona en cuanto a poder salir del papel de imputado. Toda esta situación trae aparejada factores como la marginación y la exclusión social en el momento de la reintegración social de la persona privada de la libertad. Este accionar discriminatorio

³¹⁴ ECHEVERRI, J. “La prisionalización, sus efectos psicológicos y su evaluación”. *Revista Pensando en Psicología*, 2010, pp. 57-63.

³¹⁵ HAYDITH, D. “Etiquetas, prejuicios y estigmas: la condena social”. *Revista Revuelta*, agosto 2012, p. 15.

puede estar implícito en familiares y otras personas cercanas al sujeto que ha sido procesado, juzgado y sentenciado. Los factores aquí descritos han llegado a etiquetar a la persona afectada de forma constante, y a su vez provoca toda una cadena sucesiva de actos discriminatorios y supresiones³¹⁶.

Como parte de la estigmatización social las personas pueden llegar a desarrollar patrones negativos en su salud, tanto mental como física, ejemplo de ello son los cuadros depresivos, las enfermedades coronarias, la hipertensión, por solo destacar algunas; así lo reflejó una publicación del Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana de la Universidad de Chile, cuya principal referencia fue tomada de estudios realizados por la American Heart Association (Asociación Estadounidense del Corazón)³¹⁷.

A pesar de que la privación de la libertad resulta ser una de las consecuencias más obvias del encarcelamiento, la dimensiones sobre este tema son muchas, y se ponen de manifiesto tanto para la persona afectada como en terceros. Variadas investigaciones³¹⁸, principalmente norteamericanas y dirigidas al fenómeno de la prisionización, han arrojado aspectos tales como que la prisionización ha llegado a ser concebida bajo la fundamentación de una especie de asimilación por parte de la persona privada de la libertad de hábitos, costumbres, usos y cultura del entorno penitenciario, y además se evidencia una marcada disminución de las acciones y conductas intrínsecas a cada persona durante el transcurso de su vida, una vez que ha sido privada de la libertad, con una estancia prolongada en la cárcel. Como bien se especificó con anterioridad los efectos de la privación de la libertad tienen cabida durante el cumplimiento de la condena y posterior a que la persona logra alcanzar su libertad, respecto a lo cual hay que destacar lo siguiente³¹⁹:

- Se llega a producir un aumento en el grado de dependencia de las personas privadas de la libertad, a consecuencia del desarrollo de un amplio control en la conducta bajo el régimen penitenciario. este régimen conlleva a la

³¹⁶ ANIYAR DE CASTRO, L. *Criminología de la reacción social*. Editorial: 3era edición, Universidad del Zulia. Maracaibo, 2014.

³¹⁷ Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana (CESC). *Debates Penitenciarios*. Editorial: Universidad de Chile. Santiago de Chile, 2011.

³¹⁸ CLEMMER, P. *The Prison Community*. Editorial: Christopher Publishing Co. Boston, 2011.

³¹⁹ PINATEL, J. *La sociedad criminógena*. Editorial: 2da edición, Aguilar. Madrid, 2012.

implementación de decisiones que llegan a ser impuestas al reo, lo cual escapa de su control.

- Desarrollo de una devaluación de la propia imagen, y a su vez provoca la disminución de la autoestima, ambos aspectos son tomados en cuenta como una valoración que la persona privada de la libertad ejecuta y llega a mantener sobre sí misma. Al respecto se ha llegado a estimar que el sistema social imperante en la prisión tiene efectos negativos directos en la autopercepción que las personas privadas de la libertad llegan a tener, y por tanto desarrollan una autoestima baja.

El efecto negativo de la prisionización en la autoestima de la persona privada de la libertad, desde el marco del estudio de la psicología ha sido identificada con el proceso de “U” normal, el cual determina que de una manera simple el hecho de ingresar a una prisión conlleva una disminución de la autoestima, pero con el transcurso del tiempo el sujeto puede llegar a reconstruir una valoración sobre su persona. De esta manera con el paso del tiempo el nivel de autoestima puede ser recuperado por la persona, lo que sería una autoestima completamente diferente, ya sus referentes resultan ser otros³²⁰.

Para el proceso de prisionización se ha identificado con la “U” invertida, o sea que con el pasar de los años la persona privada de la libertad debe aceptar su nuevo sistema de vida, por lo que cuando la prisionización resulta ser alta la autoestima alcanza sus índices más bajos³²¹. Como parte de las vivencias que han sido expuestas y compartidas por aquellas personas privadas de la libertad, sobresale que la peor repercusión del encierro resulta ser la separación forzada de la familia. La detención por lo general implica la sorpresa y por tanto es inesperada, así como el posterior ingreso al centro carcelario. Esta situación conlleva a que la persona tenga sentimientos negativos al ser arrancada de su ambiente familiar y de aquellos que le son cercanos. Toda esta gama de efectos y repercusiones evidencian una amplia variedad, los cuales están sujetos a diversos factores como el tiempo de duración de la sanción penal y las expectativas que puedan tener tanto el recluso como sus familiares. Puede darse el caso que las relaciones

³²⁰ GOFFMAN, E. *Internados*. Editorial: 2da edición, Amotortu Editores. Buenos Aires, 2013.

³²¹ PÉREZ, E., & REDONDO, S. “Efectos psicológicos de la estancia en prisión”. *Revista Papeles del Psicólogo*, enero 2013, pp. 54-57.

familiares sean rotas al producirse la adopción de hijos por terceras personas, o el abandono por parte del cónyuge que se encuentra en libertad.

3. Los jueces competentes

En el supuesto de las teorías absolutas, donde la pena es considerada como un fin para lo cual agota su contenido retribuido, “la pena es un mal que compensa el mal causado por el delito”³²², se alcanza a justificar una progresiva consolidación de aquellas teorías que identifican a la pena como un mecanismo mediante el cual se llegan a obtener fines de utilidad, donde el objetivo principal radica en tratar de evitar la ejecución de delitos, con lo cual se pretende proteger a la sociedad en general³²³. Bajo estos fines u objetivos existe la posibilidad de que las penas sean asignadas bajo una función preventiva, y que a su vez es materializada en un contexto comunitario e individual.

La idea de prevención desde un marco general, no se limita al simple anuncio de la imposición de una sanción penal, donde el potencial sujeto infractor puede ser disuadido de materializar el hecho delictivo, sino que junto a dicho anuncio existen un conjunto de elementos como el mensaje implícito para que se llegue a consolidar la validez de la norma jurídico-penal, y esto se transforma en un método idóneo que permite la instauración de garantías reales para que pueda desarrollarse una adecuada convivencia en la comunidad. Por tanto, esta prevención positiva que nace del Derecho penal puede asistir en la formación de una conciencia social respecto a la norma, además de la confirmación y vigencia de la ley o la ratificación de una aptitud con relación al Derecho³²⁴.

En el supuesto de que la prevención, implícita en la sanción penal, adquiera un sentido especial, ello está dirigido a evitar la reaparición del hecho delictivo. En el marco del modelo jurídico garantista, la prevención especial responde directamente a la reinserción social del sujeto infractor de la norma legal. La prevención y la utilidad que

³²² BARQUÍN SANZ, J. “Sistema de sanciones y legalidad penal”. *Revista del poder judicial*, No. 58. marzo 2012, pp. 171-212.

³²³ MORILLAS CUEVA, L. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Editorial: 2da edición, Tecnos. Madrid, 2014.

³²⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *La racionalidad de las leyes penales*. Editorial: 2da edición, Celeste Ediciones . Buenos Aires, 2013.

representa para la sanción penal no debe estar separada del principio de protección de las víctimas³²⁵. Para poder cumplir con este principio la víctima deberá ser resguardada de futuros riesgos procedentes del sujeto infractor involucrado, ello puede darse a través de la implementación de medidas o acciones que permitan interiorizar al victimario el daño que generó. En el ámbito de los derechos de la víctima la sanción penal posee una función preservadora y otra creadora. La primera se refiere a tutelar los derechos de la víctima por medio de la creación o diseños de un esquema jurídico que pueda contener los riesgos que se derivan del actuar de la persona infractora de la norma legal. Esto significa que los poderes públicos, específicamente los que actúan en el marco normativo y jurisdiccional, deben desarrollar un conjunto de medidas que lleguen a prevenir el fenómeno de la victimización, para ello los instrumentos jurídicos deben desempeñar un papel protagónico que logren impedir el hecho delictivo y victimizante³²⁶.

Estos elementos y funciones de la norma penal deben estar presentes en el ejercicio legislativo y en las funciones de aplicación y selección de la norma, es decir, el ámbito jurisdiccional, específicamente en todo lo relacionado a los recursos penales. Bajo estos dos parámetros, se llega a establecer una verdadera paz jurídica, la cual alcanza a rodear a las víctimas ante la materialización del hecho delictivo, por la presencia y articulación de mecanismos con un contenido proteccionista, garantista y de seguridad jurídica.

La actividad legislativa, que representa la función creadora, tiene como fin desarrollar una reconstrucción de la realidad, que resulta vital para las personas, y que se ve afectada por la comisión de un hecho delictivo; aquí se pone de manifiesto el derecho a la reparación del daño causado. La identificación tanto de la víctima como del victimario, así como la individualización de sus respectivas realidades, son elementos que están contemplados en la ejecución de la sanción penal. La pena no llega a pretender

³²⁵ Como parte del estudio de la filosofía política se ha llegado a establecer que el Derecho penal tiene dentro de sus objetivos la defensa de las víctimas de un hecho delictivo. A consecuencia de ello la política penal alcanza a ser estructurada en dos principios base: parsimonia en la criminalización y reconceptualización del castigo como medio de rectificación de los efectos del delito. Ambos principios son establecidos por el politólogo y filósofo irlandés Philips Pettit, a lo que además agregé que la sanción penal deberá cumplir objetivos tales como: alcanzar un reconocimiento del estatus de las víctimas, procurar que el infractor o delincuente llegue a recompensar a la víctima y restablecer la seguridad de la víctima, bajo patrones tales como que el victimario no reincidirá en la materialización de un nuevo hecho delictivo. PETTIT, P. *Republicanism*. Editorial: 2da edición, Paidós. Barcelona, 2016, pp. 202-208.

³²⁶ SAMPEDRO ARRUBLA, J. A. *La humanización del proceso penal*. Editorial: 3era edición, Legis. Bogotá, 2013.

reanudar la realidad preexistente al delito, sino que la misma deberá coadyuvar la construcción de una realidad distinta, que brinde la posibilidad a aquellos perjudicados por la materialización de un hecho delictivo recuperarse de ese papel de víctimas. El perjudicado o afectado no debe desarrollar toda su vida bajo el papel de víctima. Para ello las normas de ejecución de la pena integran todo un sistema global de consecuencias jurídicas que poseen una determinada autonomía político-criminal, lo cual a su vez contempla un conjunto de principios que sustentan la previsión legal y la imposición legal de la sanción. Esto ha permitido sustentar que el juez realiza, en el marco de la ejecución, una original política criminal supeditada al marco de la legalidad³²⁷. La actuación del magistrado puede estar acompañada de la carencia de criterios orientadores en el plano de la normativa penal, lo cual llega a facilitar espacios donde puede llegar a actuar la arbitrariedad judicial.

De esto se puede afirmar que las penas conllevan fines diferentes, acorde a sus ámbitos de previsión y posterior ejecución, lo cual pone de manifiesto una real política criminal desde el marco de la legalidad³²⁸. Como bien se mencionó con anterioridad la sanción penal lleva implícito un fin preventivo general, donde la pena que se establece está dirigida a la colectividad y su fundamentación radica en la necesidad de brindar una efectiva y adecuada protección a los bienes jurídicos, así como preservar la coexistencia pacífica y libre de los miembros de la sociedad. Esta función preventiva (general y especial) prevalece en la etapa de determinación judicial de la pena, donde prevalece la funcionalidad preventiva general. En el desarrollo de la individualización de la pena y su respectiva imposición, pone de manifiesto la vigencia de la norma legal y un reconocimiento de la posible amenaza, por medio de su tipificación en la ley. Esta característica en específico es la que evidencia la función preventiva general de la pena, como parte del cumplimiento de sus fines³²⁹.

³²⁷SILVA SÁNCHEZ, J. "¿Política criminal del legislador, el juez, de la administración penitenciaria?". *Aequitas, Revista Jurídica del Poder Judicial*, marzo 2011, pp. 38-40.

³²⁸BARQUÍN SANZ, J. "Sistema de sanciones y legalidad penal". *Revista del poder judicial*, No. 58... op., cit.

³²⁹MORILLAS CUEVA, L. "Valoración Político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español", *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, mayo 2013, pp. 44-53.

El contenido y ejecución de la pena están condicionados a la elección jurisdiccional y a la duración de la sanción. Conforme a ello, también en la ejecución de la pena, deben estar presentes tres criterios, estos son³³⁰:

- Reconocimiento de la significación antijurídica del hecho, con lo cual se transmite a la sociedad un mensaje de ratificación de la vigencia de la norma jurídica penal como un mecanismo idóneo que permite tutelar los intereses fundamentales de las personas que integran la sociedad. Es así que la pena se convierte en un paradigma para la adecuación de la intensidad implícita en la respuesta que se le brinda a la antijuricidad del hecho y su significado.
- Se les brinda protección a las víctimas, lo que evita futuras fuentes de riesgo que impulsen una nueva victimización que provenga del accionar de aquel victimario que ya ha sido condenado a determinada sanción penal. Se pone de manifiesto el paradigma de protección a las víctimas.
- Deberán existir las condiciones que permitan la reinserción comunitaria de la persona condenada, lo cual implica el desarrollo de una dinámica de responsabilización por el hecho cometido, por medio de la reparación del daño infringido y la ejecución de alternativas rehabilitadoras. Aquí se pone de manifiesto el paradigma de reintegración comunitaria del victimario.

Con la presencia del juez de garantías penitenciarias³³¹, se alcanza a responder un doble orden de motivaciones: en primer lugar, se cuenta con la reapropiación por parte del poder judicial de una parte esencial del proceso y de la ejecución de la pena, y en un segundo momento existe una transformación de una pena estática y simplemente

³³⁰ *Ibidem*.

³³¹ Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014/ *Código Orgánico Integral Penal- COIP*, Art. 666, 2do párr.: La ejecución de penas y medidas cautelares corresponderá al Organismo Técnico encargado del Sistema de Rehabilitación Social, bajo el control y supervisión de las o los jueces de garantías penitenciarias.

ejecutiva, a una fase cognitiva que le otorga el elemento dinámico a fin resocializador que descansa en la sanción penal.

La norma constitucional ecuatoriana reconoce el ejercicio de la potestad jurisdiccional por diferentes órganos judiciales y autoridades³³²; lo cual influye directamente en que el juez en sus funciones no pueda desinteresarse por la persona condenada una vez que dicha persona permanezca bajo la potestad de las autoridades, en este caso las penitenciarias. Ello pone de manifiesto que la ejecución de la pena privativa de la libertad no puede ser ajena a la jurisdicción. De esta forma el sistema penitenciario y su respectiva administración, encuentra límites certeros en cuanto a la prohibición de cambiar el contenido de una condena³³³ sin la adecuada supervisión de todo lo que implica la jurisdicción.

De esta manera el juez de garantías penitenciarias se presenta como una de las figuras claves en la ejecución penal, como parte del marco regulador, y fiel exponente de la competencia en cuanto a velar por su cumplimiento y adecuada materialización. A partir de ello se evidencian cuatro principios cardinales de la ejecución penal, directamente vinculados con la función de juez competente en la materialización de la pena privativa de la libertad, estos son³³⁴:

- La tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas.
- Protección y reconocimiento de los derechos fundamentales que le asisten a la persona sancionada con la privación de la libertad.
- Finalidad resocializadora de la sanción penal privativa de la libertad.

³³² Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008/*Constitución de la República del Ecuador-CRE*.

³³³ El juez de garantías penitenciarias ostenta la obligación de velar por aquellas situaciones negativas que afecten los derechos y las libertades fundamentales de las personas privadas de la libertad, todo ello como cumplimiento del principio de legalidad y además constituye una garantía real ante la posible arbitrariedad de los poderes públicos.

³³⁴ MORILLAS CUEVA, L. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito...* op., cit., pp. 52-55.

- Prevalencia de un monopolio jurisdiccional en el control de la ejecución de las sanciones penales.

Los principios aquí mencionados constituyen una referencia en lo que respecta a la normativa penal vigente en el Ecuador, lo que fomenta el respeto a la normativa suprema y la adecuada interpretación de la ley. De esta forma el COIP responde a los principios resocializadores y humanos implícitos en la sanción penal, y donde la jurisdicción y actuación del juez competente complementan la adecuada ejecución de la pena. La aprobación de una nueva normativa penal en el país brinda la posibilidad del establecimiento de un conjunto de principios³³⁵ que amparan los criterios interpretativos de la norma jurídica penal, y por lo tanto estrechamente vinculados a las responsabilidades y funciones que desempeñan los jueces, tal es el caso de:

1. Principio de legalidad: a través del mismo se precisan aquellas sanciones penales imponibles, los requisitos y condiciones para su ejecución, según lo dispuesto en la normativa correspondiente. Para ello el legislador deberá desarrollar una redacción precisa, con lo cual son eliminadas posibles ambigüedades y se evitan contradicciones.
2. Principio de jurisdiccionalidad: establece las pautas para la exigencia de que la imposición de las sanciones penales sea por medio de un órgano judicial competente, en el cual también recaerá el control de la ejecución.
3. Principio de proporcionalidad: debe existir una correlación entre la gravedad del hecho delictivo, la culpabilidad del autor o infractor y la consecuencia jurídica establecida en la norma legal. Cabe destacar que deberá existir proporcionalidad entre la conducta injusta y la sanción, por lo que deberá ser tomado en cuenta la relevancia del objeto de protección, la intensidad de la afección y las condiciones de imputación en el ámbito subjetivo del hecho.

³³⁵ BARQUÍN SANZ, J. "Sistema de sanciones y legalidad penal". *Revista del poder judicial*, No. 58... op., cit., pp. 171-212.

4. Principio de humanidad: a través de este principio se exige que la duración y el contenido de la sanción penal sean compatibles con la dignidad humana, con ello se evita la aplicación de sanciones catalogadas como inhumanas y degradantes (penas de muerte o corporales y penas de prisión de larga duración).
5. Principio de resocialización: le otorga al contenido de la ejecución de la sanción penal un significado que favorece la reintegración, de la persona condenada a la privación de la libertad, a la sociedad. Como parte del sistema democrático presente en un Estado la resocialización es tomada en cuenta como un intento que contribuye a la ampliación de las posibilidades de la persona infractora en la vida social.

A modo general se puede afirmar que la figura del juez de garantías penitenciarias constituye un imperativo constitucional. Ello representa la recuperación por parte del poder judicial de la fase de ejecución de la pena, además de que evidencia la concepción o visión de la pena privativa de libertad desde una perspectiva dinámica, por lo que se llega a eliminar la antigua concepción rígida e inmóvil de la pena. Esto debe estar acompañado de una valoración correcta de las resoluciones adoptadas dentro del sistema y la administración penitenciaria con el objetivo de ejercitar un efectivo control.

El juez de garantías penitenciarias se erige como una figura novedosa dentro del COIP, donde se llega a ofrecer un respaldo al cumplimiento de la sanción penal y el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Otras de las funciones³³⁶ implícitas en la competencia de este juez son:

- Cómputo de la pena: el deberá determinar el periodo exacto de finalización de la pena privativa de la libertad. Además del establecimiento de las fechas exactas en las que la persona condenada le asiste el derecho a solicitar un cambio en su rehabilitación social.

³³⁶ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014/ *Código Orgánico Integral Penal- COIP*.

- Tendrá en cuenta las solicitudes realizadas por los reclusos en cuestiones de traslados de centros penitenciarios, sujeto a los parámetros establecidos en la normativa penal.
- Ejecutará una vigilancia y un control de las personas privadas de la libertad en los respectivos centros penitenciarios.
- Atenderá todo lo relativo a los incidentes sobrevenidos de la ejecución de la pena.

Acorde a las funciones aquí mencionadas, este juez responde a un órgano unipersonal y especializado, que ostenta potestades de vigilancia, decisorias y consultivas. Del papel del juez se alcanza a exigir el desarrollo de una conciencia clave en torno a los derechos fundamentales, lo que incluye el respeto por la persona del reo. Esto contribuye a la definición del juez como representante del poder judicial. Tanto las funciones decisorias como las consultivas determinan la actividad del juez de garantías penitenciarias en la ejecución de la pena, y no simplemente a un funcionario judicial sujeto a una labor meramente administrativa, sujeto a los ruegos del administrado.

Conforme a ello la persona privada de la libertad llega a estar sujeta a una situación procesal en donde tiene la posibilidad real de que sus derechos humanos puedan ser respetados. El juez de garantías penitenciarias tiene a su cargo dos misiones principales: fiscalizar la actividad penitenciaria y garantizar los derechos de los reclusos. Dichas misiones lo definen como una autoridad judicial que se encuentra en un permanente contacto con el reo y con todo el proceso que caracteriza a la ejecución de la sanción penal.

CAPÍTULO IV: ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN POR EL NO PAGO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

En el supuesto de todas las alternativas de pago y sus diversas modalidades, se debería tomar en cuenta como un eje transversal elementos tales como la transparencia fiscal, a través de la cual se podrá brindar información veraz y confiable respecto al patrimonio de las personas y su capacidad de pago. Todos estos datos e información deberán ser progresivos y continuos, con la finalidad de que dicha información esté al alcance de un Clic y así conocer de forma oficial todo lo referente al patrimonio de las personas y sus recursos económicos.

Acorde a ello, en la actualidad la búsqueda de este tipo de información le corresponde a la parte acreedora, con la existencia de falencias e inexactitudes, ya que si bien existe la Dirección Nacional de Datos Públicos (DINARDAT), la información que llega a ser proporcionada no posee la debida exactitud y por lo tanto puede estar desactualizada, tal es el caso de la carga de la prueba respecto a las condiciones económicas de una persona, donde corresponde a quien entabla la demanda legal buscar dicha información. Ante tal situación, en la mayoría de los casos este tipo de información resulta ser inaccesible o es compleja de recabar. Es por ello, que existe la necesidad de recurrir a mandatos judiciales emitidos por los jueces, con el objetivo de que las propias instituciones públicas lleguen a proporcionar la información que se requiere para fijar de manera idónea, la verdadera capacidad de los obligados.

Todos estos mecanismos alternativos, formas de cumplimiento y demás herramientas destinadas a la recaudación de las pensiones alimenticias atrasadas, pueden resultar ser inaplicables sino se toma en cuenta de que la información verás podrá ser proporcionada por un sistema centralizado de registro de patrimonio, e ingreso de las personas. Este primer paso de ser adoptado contribuiría a ahorrar especialmente a las madres o progenitoras de los menores de edad, todas aquellas dificultades y complicaciones para obtener dicha información, sin mediar esta condición de acceso bajo la existencia de una transparencia fiscal.

En el supuesto de que llegara a existir dicha transparencia hacia la obtención de la información patrimonial, se podrá determinar la imposibilidad que existe en algunos

casos de llegar a cumplir con las respectivas obligaciones alimenticias, y por ende se daría paso a determinar que el cumplimiento es imposible a lo cual nadie está obligado. Ante este tipo de situaciones no representaría una utilidad la aplicación de castigos como el apremio personal, puesto que no constituye una solución hacia el problema del no pago de alimentos, donde el hecho de que una persona sea privada de la libertad agravaría la situación.

En este sentido, las alternativas al apremio personal dispuestas en la sentencia moduladora antes mencionada y analizada, en realidad resulta ser una medida carente de práctica y por lo tanto inútil, puesto que el deudor no se encuentra afectado en cuanto a su movilidad, simplemente se perdería cierta privacidad, así como la imposibilidad de salir del país. Esto significa que no se soluciona el problema que tiene el menor ante el impago de la pensión por alimentos, pero el Estado se ahorra el costo económico que conlleva mantener a una persona privada de la libertad.

1. Métodos de garantía de pago de las pensiones alimenticias.

La pensión de alimentos al representar el derecho que tiene determinada persona a solicitar alimentos a otra contempla su base o fundamentación en el principio de equidad y es considerado como un derecho natural³³⁷. Por otro lado, la obligación de prestar alimentos llega a ser entendida como aquella acorde a la cual determinadas personas tienen el deber de satisfacer las necesidades de otra, que se encuentra imposibilitada de poder satisfacerlas por sí misma.

Dada la importancia que este tipo de pensión posee y su tratamiento como bien jurídico protegido por el derecho de alimentos es que se llegan a otorgar por medio de la norma legal mecanismos específicos para alcanzar su cumplimiento efectivo. A continuación, serán analizados algunos de ellos como alternativas al establecimiento de la prisión por el no pago de la pensión alimenticia.

³³⁷ SOMARRIVA, M. *Derecho de Familia*. Editorial: Nascimento. Santiago de Chile, 2011.

1.1.El apremio como medida coercitiva para el pago de obligaciones alimenticias

Es necesario en primer lugar analizar el comportamiento de la prisión preventiva en la región latinoamericana, donde las estadísticas evidencian que este tipo de medida cautelar constituye el 41% del total de personas que ostentan una pena de privativa de la libertad³³⁸. A partir de ello se puede afirmar que no son pocos los países de la región que poseen porcentajes elevados en cuanto a la prisión preventiva, cifras que pueden alcanzar a superar el promedio³³⁹.

De ello surge la inquietud de porqué tantas personas son sometidas a una privación de la libertad como medida preventiva en esta región. Algunas de las hipótesis o más bien planteamientos que se han manejado al respecto señalan diversos elementos, tal es el caso de los denominados procesos de contrarreforma que se han desarrollado en materia de la prisión preventiva, ejecutados dentro de los sistemas acusatorios que rigen en Latinoamérica. A criterio de ciertos analistas este tipo de procesos son aplicables hacia delitos que son excarcelables, o en aquellas prohibiciones sobre a la sustitución de la prisión preventiva por medidas cautelares no privativas de la libertad, e incluso la aplicación de definiciones diferentes a la lógica cautelar con el objetivo de determinar la procedencia de la prisión preventiva, por solo mencionar algunos ejemplos³⁴⁰.

Se puede agregar que en la última década se ha evidenciado en esta región el incremento de políticas para combatir la criminalidad, donde la prisión preventiva ha sido uno de los principales mecanismos ejecutados. Su constante utilización está principalmente motivada por el auge de las exigencias de la ciudadanía en aras de lograr una mayor seguridad y el papel desempeñado por los medios de comunicación en el trabajo constante que desarrollan en torno a la delincuencia, o sea, su seguimiento. Por

³³⁸ VILLADIEGO, C. "Estrategias para racionalizar el uso de la prisión preventiva en América Latina: mecanismos para evaluar la necesidad de cautela". *Curso Virtual de Prisión Preventiva, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA*. Editorial: CEJA. Santiago de Chile, 2011, pp. 609-641.

³³⁹ En Argentina, Bolivia, Guatemala, Haití, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, el porcentaje en cuanto a la prisión preventiva supera el 50%, Ecuador ostenta un 44%.

³⁴⁰ DUCE, M., FUENTES, C., & RIEGO, C. "La Reforma Procesal Penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva". En V. Autores, *Prisión preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina*. Editorial: CEJA. Santiago de Chile, 2013, pp. 10-60

último, cabe señalar la presión política ejercida respecto a la ineficiencia del sistema de justicia, cuya base ha sido dirigida a la no materialización como medida general de la prisión preventiva³⁴¹.

Conforme a esto las medidas alternativas a la prisión preventiva, han tenido diversas valoraciones en las que sobresale el alto costo de su implementación. Por otro lado, si se analiza a la prisión preventiva desde los diversos costos que implica, se puede apreciar la alta inversión que ejecuta el Estado en el mantenimiento de una persona privada de la libertad en determinado centro penitenciario, lo cual representa gastos al sistema de justicia, además de que deben ser contabilizados aquellos costos vinculados a la persona procesada y los que se relacionan con terceros, tal es el caso de la familia y la comunidad. De esta forma se puede considerar a la prisión preventiva como una medida cautelar altamente costosa en relación a las que no constituyen privación de la libertad. Por citar un ejemplo estudios arrojados sobre este tema en los EE. UU demostraron que el promedio en mantener a una persona en la modalidad de detención preventiva equivaldría a \$19. 253 dólares para un periodo de 286 días, cifra aproximada, mientras que si se aplicasen otros mecanismos de supervisión donde la persona estuviera en libertad el costo promedio sería de \$3. 860, o sea existiría un ahorro de \$15. 933 dólares por cada persona³⁴².

Iguales estudios desarrollados en la región latinoamericana evidencian estos altos costos que representa el establecimiento de la prisión preventiva como medida cautelar, ejemplo de ello resulta ser Argentina donde la prisión preventiva tiene un costo anual estimado de \$108 millones de dólares, en el cual el Estado asume el 68%. En el caso de Chile un estudio ejecutado en el año 2007 arrojó que el costo promedio anual en el mantenimiento de la prisión preventiva era \$92 millones y medios de dólares aproximadamente, dividido en un 69% los costos directos, o sea, relacionados con el sistema de justicia criminal y la manutención de las personas detenidas, y en un 31% los costos indirectos que contemplan los ingresos que deja de recibir la persona detenida, los abogados particulares, las visitas familiares, la posibilidad de adquirir enfermedades y

³⁴¹ *Ibidem...* op., cit., p. 56.

³⁴² USA Department of Justice and Luminosity the Solution. "Pretrial Risk assessment in the federal court". Office of the Federal Detention Trustee with support from the Administrative Office of the U.S. Courts, 2009, p. 39.

hasta la propia muerte. México es otro país donde el costo de la prisión preventiva como medida cautelar es elevado, al respecto se aprecia en el año un gasto de 9.8 mil millones de pesos mexicanos en promedio³⁴³.

Como bien se ha mencionado en el transcurso de esta investigación el apremio es aquella medida coercitiva que resulta ser aplicada por los jueces o juezas que operan en el sistema judicial con el propósito de que las decisiones emanadas de la administración de justicia sean cumplidas por parte de las personas que no llegan a observar de manera voluntaria estas acorde a los términos fijados. El apremio personal no es otra cosa que una medida coercitiva física, impuesta por el juez competente, en materia de alimentos, se llega a ejecutar en contra del obligado principal, en este caso el alimentante, por el incumplimiento de la obligación legal que ostenta.

Acorde a los criterios que se han manejado en este tema se ha considerado que la motivación principal para recurrir a este tipo de medida coercitiva descansa en el objetivo de que el alimentante cumpla dicha obligación presionado con la amenaza de su privación de la libertad³⁴⁴. En lo que respecta a la naturaleza de esta medida coercitiva se puede afirmar que siempre ha estado vinculada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a una forma de interpelación judicial en el pago de las prestaciones de alimentos.

Desde la perspectiva del alimentante y sus respectivos derechos el apremio personal representa una seria afectación a los derechos del alimentante, aunque en el Ecuador su ejecución está fundamentada en el cumplimiento del interés superior del niño, lo cual resulta paradójico ya que en la práctica se evidencia un panorama donde el apremio personal está lejos de contribuir al cumplimiento de la obligación alimentaria, por lo que el menor de edad se encuentra en igual situación de desamparo y vulnerabilidad de sus derechos.

³⁴³ Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento - CIPPEC. *"El costo social de la prisión preventiva en Argentina"*. Editorial: Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Buenos Aires, 2010; Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Sociales y Penales- INECIP. *Sistemas Judiciales*. Editorial: INECIP. Santiago de Chile, 2010; ZEPEDA LECUONA, G. *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*. Editorial: Open Society Justice Initiative. Monterrey, 2010.

³⁴⁴ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. *La obligación de alimentos entre parientes...op., cit., pp. 26-29.*

Con el objetivo de revertir tal panorama en el Ecuador debería implementarse todo un proceso de análisis o evaluación de la necesidad de aplicar el apremio personal ante el incumplimiento de la obligación de prestar alimentos a los menores de edad. En dicho proceso podría tomarse en cuenta los denominados “mecanismos de evaluación de la necesidad de cautela y supervisión de medidas cautelares”; esto significa que la procedencia de la prisión preventiva o apremio personal deberá ser evaluada en cada caso en concreto, posterior a la comprobación a los supuestos materiales de cada caso en concreto y cuya necesidad de ejecución deberá estar asociada a fines legítimos.

En cuanto a estos fines legítimos en la aplicabilidad del apremio personal tendrán que ser tomados en cuenta factores de riesgo cuya valoración será desde el marco de la objetividad, por lo que no tendrán cabida criterios enmarcados en prejuicios y la subjetividad emanada del juez, del fiscal o de la defensa. Es por ello que surgieron estos mecanismos que evalúan aquellas alternativas a la prisión preventiva conocidos en la doctrina jurídica como *pretrial services*³⁴⁵.

El surgimiento de este tipo de mecanismos tuvo lugar en los EE. UU ante fuertes críticas respecto a las injusticias que existían en el sistema judicial penal, donde la libertad bajo fianza resultaba ser la única alternativa para salir de la prisión preventiva. Es a partir de estas dificultades que fue desarrollado en la ciudad de Nueva York un programa piloto destinado a dotar a los jueces de información respecto a la ejecución de las medidas cautelares correspondientes a cada caso. Por otro lado, llegó a aprobarse una norma legal destinada a reformar la libertad provisional, una ley federal que contribuyó a insertar dentro del sistema de justicia estadounidense todo un conjunto de parámetros en la aplicabilidad de la de la prisión preventiva.

Estos programas destinados a la evaluación de si resulta o no necesario la aplicabilidad de medidas cautelares y la respectiva supervisión de medidas alternas, están enfocados en diversos aspectos. Primeramente, se destaca la evaluación de la necesidad de la cautela en cada proceso en específico, lo cual llega a ser ejecutado a través de un

³⁴⁵ CARRASCO SOLÍS, J. "Estudio Comparativo: el impacto de las reformas procesales en la prisión preventiva en México". En V. Autores, *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas, Volumen 2*. Editorial : CEJA-JSCA. Santiago de Chile, 2011, pp. 171-226.

procedimiento estandarizado y que a la vez implica la materialización de cierta metodología donde se llega a estipular el riesgo que representa una persona que ha sido procesada, principalmente en la vía penal, llegue a obstruir el procedimiento penal o incluso el juicio. En segundo lugar, se llega a realizar un proceso de supervisión de aquellas condiciones bajo las cuales que los jueces adoptan determinadas medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, con la finalidad de dar cumplimiento a estas medidas y el efectivo desarrollo del proceso en sí.

En el Ecuador no resultaría aplicable la figura de la fianza, con el fin de evitar la prisión por deudas. Esto motivado por que el apremiado si tuviera los fondos para ejercer el pago de una fianza lo más acertado sería para la deuda en materia de alimentos y obtendría la libertad de manera inmediata.

Respecto a la implementación de estos mecanismos destinados a evaluar de forma objetiva la aplicación las medidas cautelares, cabe destacar que se pretende principalmente en materia penal, mantener los elementos centrales identificativos de estos procesos y por otro lado se destaca la labor de garantizar una información efectiva en la tarea que conlleva la adopción de determinada medida cautelar. En este ámbito surgen inquietudes e interrogantes basadas principalmente en los elementos que influyen en la evaluación del riesgo que representa la persona procesada para que lleguen a ser aplicadas las medidas cautelares correspondientes dentro de la que se destaca la prisión preventiva.

En la región latinoamericana la aplicabilidad y previo análisis de las medidas cautelares como el apremio personal no ha estado impulsado por la imparcialidad, sumado a que la sola necesidad de ejecutar una medida cautelar puede llegar a generar un ámbito de fuerza y predisposición para la imposición de este tipo de medidas y puede disminuir en el transcurso del debate implícito en cada proceso la calidad de este, o sea, el debate ejecutado entre la defensa y la fiscalía.

Por lo tanto, en el caso de la privación de la libertad como medida cautelar debe ser tratada con un carácter excepcional y por lo tanto su procedencia está sujeta a aquellos supuestos donde únicamente existen las condiciones materiales, es decir un riesgo razonable que indique que se aplique la cautela en el proceso para alcanzar los fines establecidos. No obstante, esta percepción no es aplicada en la región donde la prisión

preventiva constituye la regla y no la excepción. A efectos de esta investigación se puede apreciar el uso desmedido e inadecuado del apremio personal en el incumplimiento de la obligación de prestar alimentos a los menores de edad. Se violan aquellos mecanismos objetivos para su evaluación y posterior aplicación, herramientas que brindan la posibilidad de otorgar información certera y de calidad que es un requisito indispensable en su implementación.

En el Ecuador urge una transformación radical en torno a la concepción y materialización del apremio personal, modificaciones que deben partir desde la propia norma constitucional que reconoce de manera explícita su ejecución en como una excepción hacia el tema de la pensión alimenticia. Es necesario que esta medida cautelar goce de un instrumento objetivo de evaluación por medio del trabajo interdisciplinario desarrollado por diversos profesionales del derecho; y deberá abrirse un espacio real para aquellas medidas cautelares alternativas al apremio personal o privación preventiva de la libertad.

Conforme a los urgentes cambios que se requieren implementar en el país en materia de pensiones de alimentos, la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia emitida en el mes de mayo del 2017 como respuesta a demandas interpuestas por el no pago de pensiones alimenticias, específicamente de alimentantes afectados por las estipulaciones establecidas tanto en el CNA como en la ley procesal civil. En el dictamen constitucional este órgano consideró respecto al tema del apremio personal, que en el supuesto donde los progenitores lleguen a adquirir una deuda de alimentos, y consistan en dos o más cuotas adeudadas, dicho deudor no debería estar en prisión por un término superior a 60 días. En la sentencia se reconoció que en el supuesto de que el deudor no llegará a demostrar ante el juez su incapacidad para abonar lo adeudado, el magistrado aplicará la medida de apremio personal por un periodo de 30 días, este plazo podrá ser extendido a 60 días e incluso hasta 180 días³⁴⁶. El nuevo sistema en la ejecución del apremio personal está enfocado no solo en proteger el interés superior del niño sino en buscar alternativas a la prisión preventiva como único mecanismo ante el incumplimiento de la obligación alimenticia, donde a partir de su desarrollo el alimentante también queda

³⁴⁶ Sentencia No.012-17-SIN-CC. Corte Constitucional de Ecuador 10 de mayo de 2017.

sometido a un estado de indefensión sin la menor posibilidad o alternativa de cumplir con el pago de lo adeudado.

1.2.La mediación para la solución de conflictos de pagos atrasados

Para poder comprender la necesidad de implementar la mediación como método de resolución de conflictos, primeramente, hay que hacer una referencia expresa a la causa que origina la aplicación de este tipo de métodos, es decir, el conflicto. A modo general el conflicto se llega a presentar en todos los ámbitos de la vida, ya que donde existen diferencias surge un conflicto. El estudio de este ha estado enmarcado en un marcado interés por parte de teóricos y expertos, cuyo trabajo ha estado dirigido a las relaciones humanas. Es por ello por lo que se ha alcanzado a establecer al conflicto como parte de la interacción cotidiana en la sociedad, de ahí que tanto su composición, naturaleza y aquellos factores vinculados a la naturaleza del ser humano dentro de los que sobresale el comportamiento, sean determinantes en las relaciones conflictivas que puedan llegar a surgir. Ante estas representaciones de la conducta humana se erigen los mediadores como participantes del conflicto, los cuales llegan a trasladar a la mediación a dicha situación debido a la interdisciplina que manifiesta, y mediante la cual se abarcan diversas áreas y ramas, entre las que se destaca el Derecho.

El amplio desarrollo que ha tenido la mediación, como un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos, ha estado incentivado en el ámbito nacional e internacional como una efectiva herramienta de expansión de una cultura de paz, fundamentalmente en las diversas áreas del Derecho donde llega a predominar cierta indisponibilidad en las partes implicadas en determinado conflicto. Al respecto vale la pena destacar que, en varios países, tal es el caso de aquellos que integran la Unión Europea, a nivel de bloque regional, fueron aprobadas un conjunto de recomendaciones sobre la mediación familiar y la mediación en el marco del derecho penal³⁴⁷.

La mediación puede ser considerada como la intervención en una disputa o negociación de un tercero que resulta ser aceptado, y que por demás es imparcial y neutral,

³⁴⁷ GUIMERÀ I GALIANA, A. "La mediación-reparación en el Derecho Penal de adultos". *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, No. 3, 2015, pp. 1-22.

pues carece de un poder, simplemente a través de la mediación se persigue brindar una ayuda a las partes en disputa para así alcanzar de forma voluntaria el respectivo arreglo mutuo y que goce de aceptación. De esta manera la mediación posee algunas características³⁴⁸ que identifican su desarrollo, estas son:

1. Voluntariedad.

La mediación al constituir un procedimiento destinado a la resolución de conflictos, el acceso de las partes llega a ser de manera libre, con el objetivo principal de arribar a un acuerdo, donde existe la solicitud previa a los respectivos centros de mediación o los mediadores que actúen de forma independiente con la debida autorización. Es necesario señalar que dicho mecanismo de resolución de conflictos puede estar posicionado como un trámite previo a la solicitud que se le realiza al juez, o incluso el juez de oficio puede enviar el archivo de determinado caso a los centros de mediación.

Este procedimiento brinda la posibilidad a las partes implicadas en el conflicto puedan arribar a un entendimiento o acuerdo. Conforme a esto en las partes descansa la decisión de si se llegan a someter o no a este tipo de procedimiento y el periodo de tiempo al cual las partes están dispuestas a utilizar este mecanismo, ya que se puede renunciar a él en el momento que las partes determinen. De igual manera puede surgir la circunstancia en donde lleguen arribarse a acuerdos respecto a ciertos puntos mientras que en otros no se logre, por medio de lo cual se alcanza a firmar acta de manera libre en la que se reflejarán solo aquellas condiciones aceptadas por las partes, y el resto puede ser ventilado en la vía que otorga la justicia ordinaria.

2. La medición en su implementación depende de un tercero neutral denominado mediador.

Esta persona catalogada como mediador resulta ser un tercero neutral, que desconoce del conflicto por lo que en el transcurso del proceso conocerá las posiciones

³⁴⁸ MIELGO, M. T. "La mediación y otras fórmulas de resolución de conflictos". *Seminario organizado por el Consejo General del Notariado dentro de los Cursos de Verano de El Escorial*. Editorial: Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España, julio/agosto de 2013, pp. 52-54.

que tienen cada una de las partes. El mediador va a tratar de que las partes tengan un acercamiento con el objetivo que materialicen la solución respectiva en beneficio de ambas, o sea que alcancen a ser formulada una solución que beneficie a ambas partes, se trata de un proceso que persigue establecer un “ganar-ganar”. Otra de las funciones a desempeñar por el mediador descansa en facilitar la comunicación entre las partes inmersas en determinado conflicto, y contribuir desde esa posición neutral en la formulación de acuerdos y propuestas positivas, unido a generar confianza en el marco de dicha mediación. Otro elemento que destacar en la capacidad para escuchar que debe tener el mediador y la habilidad de transmitir serenidad. A modo general se puede afirmar que el mediador tiene como tarea principal asistir a las partes en conflicto y no ostenta poder alguno en la toma de las decisiones³⁴⁹.

3. La mediación posee un carácter confidencial.

Esta característica constituye una de las más relevantes en el desarrollo de este mecanismo de resolución de conflictos. Así mismo se erige como la principal diferencia respecto al sistema judicial, ya que en todo proceso judicial se puede tener acceso a la información emanada por parte de cualquier persona, y en el caso de la mediación la información recibida por las partes deberá mantenerse reservada. Esto significa que todas las reuniones ejecutadas por las partes son confidenciales.

4. Imparcialidad.

Como parte de la mediación este tercero que asiste, es decir el mediador, no podrá inclinarse a favor de ninguna de las partes. Ante el rol que deberá desempeñar este tercero de forma eventual podrá realizar sugerencias y recomendaciones para incentivar las posibles propuestas hacia el arribo de un acuerdo entre las partes inmersas en el conflicto. Como bien ya ha sido afirmado anteriormente estas propuestas pueden ser aceptadas por

³⁴⁹ GARCÍA SEDANO, T. "Mediación, derecho penal y tutela judicial efectiva". *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, No. 119, 2016, pp. 31-55.

las partes o no, ya que en estas radica las acciones a tomar en cuenta para solucionar el problema en cuestión³⁵⁰.

En el caso de un procedimiento judicial el tercero representado en el juez es quien otorga la resolución al conflicto mediante la resolución correspondiente, para lo cual se tomarán como base las pruebas aportadas por las propias partes durante el proceso, donde dicha resolución será beneficiosa para solo una de las partes, mientras que la otra le tocará perder.

5. Autodeterminación.

En la mediación como mecanismo de resolución de conflictos, las partes son las que llegan a través de la asistencia de un tercero a la solución del conflicto. En las partes radica la definición de los argumentos, las soluciones, necesidades, y el resultado de la mediación³⁵¹.

6. Flexibilidad.

La mediación al requerir solemnidades mínimas resulta ser un procedimiento flexible. Las partes son las que conforman el procedimiento acorde a sus intereses, necesidades y circunstancias.

Posterior al planteamiento de las principales características vinculadas a la mediación se destacan algunas ventajas que impulsan la aplicación de este mecanismo de resolución de conflictos. La primera de ellas se identifica con la informalidad de la mediación, donde el tercero mediador no posee la obligación de someterse a un conjunto de reglas procesales, por lo que la simplificación del proceso es un mecanismo principal que rige la actuación del mediador. Otra de las ventajas de este mecanismo de resolución de conflictos recae en el ahorro de tiempo que representa, ya que las personas que acceden a la mediación de manera voluntaria tienen persiguen alcanzar una solución del problema

³⁵⁰ RUIZ VADILLO, E. "La mediación penal". En V. Autores, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. Editorial: Tirant lo Blanch. Madrid, 2011, pp. 311-321.

³⁵¹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, B. "Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en la fase de mediación. La mediación penitenciaria". *Estudios de derecho judicial*, No. 136, 2017, pp. 227-252.

con rapidez y eficacia. Estos parámetros en el caso de la justicia ordinaria no tienen cabida ya que generalmente la instauración de una demanda conlleva a un periodo de tiempo considerable, esto se refleja en la demora que existe en los juicios los cuales pueden tardar años en su resolución. Por lo que a modo de conclusión la mediación se erige como una forma de terminar el conflicto, donde generalmente se desarrolla una audiencia con un promedio de duración de dos horas aproximadamente, incluso el tiempo puede ser inferior³⁵².

Conforme a ello la mediación implica como otra de sus ventajas que, con relación a su ejecución se trata de evitar que existan ganadores y perdedores, ya que se llega a establecer una solución conjunta donde ambas partes intervienen en su construcción, por lo que es catalogado como un mecanismo de resolución de conflictos que fija un procedimiento de “ganar-ganar”. Es por ello que en el supuesto de que una de las partes llegue a percibir una posición negativa como perdedora puede generar la ruptura de aquellas relaciones que han llegado a conformarse entre las propias partes. Se destaca también el ahorro monetario que representa para las partes al someterse a una mediación. Este mecanismo de resolución de conflictos constituye un procedimiento mucho más económico que las costas procesales implícita en la justicia ordinaria, ya que la instauración de las demandas debido a la prolongación en el tiempo de los procesos trae como consecuencia un pago considerable de dinero a los abogados, la tasa judicial, entre otros factores, mientras que a través de la mediación con el arribo a determinada solución resulta ser rápida, el costo disminuye y es menor³⁵³.

En el transcurso de la mediación se evidencia un mayor compromiso de las partes ya que ambas intervienen en la conformación del acuerdo o la solución del conflicto, esto conlleva al incremento de la responsabilidad cuando se llega al acta final. La mediación contribuye a descongestionar los trámites dentro de la justicia ordinaria, ya que aquellas personas que ingresan a los centros de mediación representan un ahorro para el Estado. Por último, habría que agregar como ventaja de la mediación la confidencialidad que se

³⁵² PECES MORATE, J. E. "La mediación en la jurisdicción penal". En V. Autores, *Derecho y justicia penal en el siglo XXI : liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*. Editorial Constitución y Leyes, COLEX. Madrid, 2016, pp. 1045-1080.

³⁵³ ISERN, M. "¿En qué medida es posible la mediación en el ámbito penal?". *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, No. 12, 2017, pp. 71-97.

ostenta en el desarrollo de esta. En el papel ejecutado por el mediador sobresale como una de sus obligaciones el reservar todos aquellos asuntos que son relevados por las partes en el proceso de mediación. Asimismo, resulta una ventaja que la partes puedan expresar con total libertad sus ideas, sin que exista el temor de dicha información pueda ser difundida por los medios de comunicación, tal como ocurre con los hechos ventilados en el sistema judicial, ya que son procesos orales y públicos³⁵⁴.

Respecto a los casos en los que resulta recomendable usar la mediación se destacan los siguientes:

- En el supuesto de que la causa del conflicto no llega a ser conveniente para las partes y no existe el deseo de entablar un proceso judicial.
- En aquellos casos donde el conflicto surge de una mala comunicación.
- En aquellas situaciones donde ha existido una relación adecuada entre las partes, por ejemplo, un vínculo de amistad, y por lo tanto la mediación constituye la opción más viable.
- Para los casos en los que se requiere que el conflicto se solucionado de manera rápida, sin que medie la necesidad de desarrollar un juicio.

En el caso del Ecuador y específicamente en materia de alimentos la mediación es reconocida como un método de resolución de conflictos, razón por la cual esta puede ser empleada como alternativa dentro de los diversos procesos judiciales que son planteados en los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, artículos 294, 295 y 296 del Código de la Niñez y Adolescencia³⁵⁵. La norma de arbitraje ecuatoriana establece aquellos casos en los que la mediación procede, vale destacar que en esta ley se contempla al respecto lo siguiente: “Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten”, Art. 46 inciso c) Ley de Arbitraje y Mediación³⁵⁶. Esto significa que tanto el juez como las partes implicadas en el conflicto

³⁵⁴ GÓMEZ BERMÚDEZ, M., & COCO GUTIÉRREZ, S. "Justicia restaurativa: mediación en el ámbito penal". *Revista de mediación*, No. 11, 2013, pp. 14-19.

³⁵⁵ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003/*Código de la Niñez y Adolescencia*- CNA.

³⁵⁶ Ver en referencias bibliográficas *Ley de Arbitraje y Mediación*, 1997.

pueden decidir que el caso sea tratado en los centros de mediación, con la finalidad de que llegue a ser ventilado de manera eficaz y rápida.

La norma legal en materia de niñez y adolescencia en el país reconoce la mediación y su respectiva materialización tendrá como límite la no vulneración de aquellos derechos que son irrenunciables de los menores de edad. Por otro lado, se establecen los Centros de Mediación que deberán tener la autorización correspondiente en el ámbito legal. Conforme a esto se reconoce dentro de las funciones de la Juntas Cantonales de Protección de Derechos, al constituir órganos operativos, que ostentan autonomía administrativa se incluyen en el proceso de mediación, o sea, ejecutan una labor de coordinación con las entidades autorizadas para facilitar la mediación entre las partes.

Cuando se aprueba la mediación, en los casos que constituyen materia transigible tal cual lo determina la ley, existe un término de 15 días para que el conflicto pueda ser resuelto por esta vía, si culminado este plazo no llega a obtenerse un acta que contemple el acuerdo alcanzado entre las partes, se le dará continuidad al proceso por la vía judicial. Existe la excepción en que las partes pueden manifestar voluntariamente el deseo de ampliar este término.

Ahora bien, el derecho de alimentos al constituir materia transigible la mediación procede en cualquier tipo de conflictos que versen sobre este tema, ya que se facilita el cumplimiento del derecho que le asiste al menor de edad con celeridad, elemento que puede ser alcanzado a través de este mecanismo de resolución de conflictos. En los supuestos donde se llegue a instaurar demandas sobre alimentos y paternidad, también se puede derivar este tipo de casos a la mediación. Ante tal situación puede ser la parte demandada que se le exige el reconocimiento del menor de edad, la que solicite en el proceso de mediación la aplicación de una prueba de ADN ante la presencia de una duda inminente. Acorde a esto el Centro de mediación deberá promover la realización de esta prueba y se esperará por los resultados respectivos. De surgir la situación donde este examen de ADN es positivo y la otra parte se niegue a firmar el reconocimiento, el juez tiene la potestad de expedir sentencia a través de la cual se ordena a contemplar en la

partida de nacimiento del menor al padre ya que el examen de ADN es considerado una prueba suficiente para declarar la paternidad³⁵⁷.

En el impulso suscitado hacia las partes para que lleguen a establecer la mediación se destaca el papel desempeñado por el abogado ya que incita a que se llegue a una solución que beneficie a ambas partes. El abogado ejecuta un rol en el que construye la confianza necesaria con su cliente para que la mediación pueda llegar a tener éxito.

No obstante, a lo aquí expuesto tanto la mediación como el arbitraje llegan a estar supeditados a que la persona obligada posea los medios económicos para poder afrontar sus respectivas obligaciones. Tal requisito no es apreciable en la mayoría de los casos, puesto que la gran mayoría de los individuos obligados no poseen un trabajo estable que genere algún tipo de propuesta a plantear en el proceso de mediación. Esto deriva en el no pago de lo adeudado en materia de alimentos.

1.3.Procedimientos de transacción sólo de las pensiones vencidas

Una vez vencida la pensión de alimentos y que no ha sido abonada, constituye una deuda pecuniaria, y como tal en principio, conllevaría a devengar los respectivos intereses por su impago. Para este tipo de situaciones en el Ecuador se reconoce en la norma legal, específicamente en el CNA un conjunto de medidas a adoptar sobre el obligado que ha incurrido en mora, en otras palabras, que se ha incumplido con lo adeudado. Este tipo de medidas pueden estar dirigidas a inhabilitar al deudor de alimentos, al respecto se ha señalado que mientras no sean canceladas las obligaciones vencidas el deudor estará sujeto a las siguientes condiciones, Código de la Niñez y Adolescencia- CNA, Art. ... (21):

- Inhabilitado para ser candidato en cualquier elección popular.
- Inhabilitado para ejercer cualquier cargo de índole pública, en el cual haya sido seleccionado a través de un concurso público o por designación.
- Se inhabilita al deudor para enajenar bienes inmuebles o muebles, con la excepción de que los beneficios que se obtengan sean destinados

³⁵⁷ TORRADO TARRÍO, C. "Mediación en el derecho penal de menores: nuevas realidades, nuevos retos". *Criminología y Justicia*, No. 4, 2012, pp. 84-87.

directamente al pago de las pensiones alimenticia adeudadas, para estos casos específicos deberá mediar autorización judicial.

Cuando existe este tipo de situación de no pago de la pensión alimenticia en más de dos ocasiones, y no debe ser de manera consecutiva, el deudor es inscrito en un registro denominado Central de Riesgo, el cual aparece en la página web del Consejo de la Judicatura, donde el deudor será eliminado de dicho registro una vez que la obligación hay sido cancelada, Código de la Niñez y Adolescencia- CNA, Art. ... (21). Otro aspecto por señalar sería la presencia en el país del Sistema Único de Pensiones Alimenticias (SUPA), el cual representa una herramienta informática para garantizar un adecuado proceso de recaudación y pago de las pensiones alimenticias. Este efectivo mecanismo fue desarrollado por el Consejo de la Adjudicatura y el administrado por este organismo. El acceso al SUPA no conlleva ningún tipo de costo, aunque es un mecanismo implementado para beneficiar al menor de edad en aras de cumplir con el principio del interés superior del niño y además poner a disposición toda la información relacionada con los pagos de las pensiones alimenticias y las respectivas acreditaciones a modo general.

El SUPA establece una serie de beneficios a los alimentarios al recibir las pensiones alimenticias estos son: incremento automático anual vinculado al porcentaje de inflación que acorde a lo contemplado en la propia ley le corresponde; se pueden realizar retiros en efectivo en la red de cajeros automáticos a nivel nacional; en aquellos supuestos donde existe mora en los pagos este sistema garantiza el cálculo de los intereses generados acorde a la tasa vigente, por último hay que destacar que pueden ser consultados los movimientos realizados en torno a las pensiones alimenticias. Por otro lado, existen también algunas ventajas para el deudor de alimentos ya que el pago de dicha cuota se llega a facilitar por medio de un código de tarjeta que se le asigna al deudor de alimentos el cual es asignado por el Consejo de la Judicatura; como sistema informático el SUPA actualiza de manera inmediata el pago de la pensión alimenticia una vez que ha sido realizado, de esta forma existe la posibilidad de que la otra parte verifique en línea el cumplimiento de la obligación, así como el historial de pagos.

De acuerdo con lo aquí expresado el SUPA contribuye directamente como un mecanismo eficaz en el procedimiento de cobro y pago de las pensiones de alimentos

dentro de lo que se incluyen las transacciones por las pensiones vencidas, a lo que se le agrega el porcentaje de interés por mora de forma automática, herramienta que facilita el cobro y pago de dicha pensión.

De igual manera, existe la tendencia de solicitar fuentes de ingreso o medios económicos para realizar algunas propuestas de pago, ya sea a través del arbitraje, la conciliación o la mediación. Todos estos representan sistemas alternativos a la solución de conflictos, donde está comprobado que ofrecen garantías y tienen apoyo del sistema judicial y constitucional ecuatoriano.

1.4.Posibilidades de pago en especies

Conforme ha quedado establecido en el desarrollo de esta investigación las desavenencias producto de una relación sentimental no deberían tener reflejo en las relaciones verticales, es por ello que el Derecho tiene como fin minimizar los efectos o consecuencias negativas implícitas en un proceso de divorcio hacia los hijos, especialmente aquellos que son menores de edad. Las posibles medidas que pueden llegar a ser materializadas están enfocadas en mitigar el daño producto de la separación matrimonial o extramatrimonial, y de tal manera no lleguen a ser ocasionados perjuicios innecesarios. Si bien es cierto que la perpetuidad no es un elemento intrínseco en la relación matrimonial y la voluntad de una de las partes o de ambas influyen directamente en la terminación del vínculo matrimonial las relaciones filiales que unen a los descendientes con sus progenitores estas si llegan a ser indisolubles.

En el supuesto de la resolución judicial se destaca que establece la disolución del vínculo matrimonial, lo cual no implica la supresión de aquellas relaciones que existen entre los padres y los hijos, estas relaciones llegan a subsistir a pesar de la crisis matrimonial. Tanto los deberes como las responsabilidades parentales se sustentan en el principio de solidaridad familiar y conlleva el respaldo pertinente en la norma constitucional. La relación filiar y los lazos construidos entre los progenitores y sus descendientes alcanzan una marcada supervivencia e independencia de la relación matrimonial finalizada e incluso de la patria potestad.

En aquellos supuestos donde surja el divorcio, la nulidad matrimonial o la separación son circunstancias que no llegan a eximir a los padres de las obligaciones que tienen para con sus hijos. De esta manera la normativa legal ecuatoriana que regula todos estos hechos y obligaciones llega a otorgar cierta continuidad de los deberes de los padres respecto a los hijos en su beneficio e interés. Al respecto se destaca la incidencia de la doctrina jurídica a favor de los vínculos filiatorios donde el propio Derecho de Familia ha demostrado una fuerte tendencia a transformarse en un Derecho de los menores³⁵⁸.

En el caso específico de las obligaciones de los padres hacia sus hijos se destaca la cuota alimentaria que desde el ámbito jurídico está representada por todos aquellos componentes que son necesarios e indispensables para vivir de manera digna, cuestión que ya fue valorada en acápite anteriores, y que dicha cuota puede fijarse en un pago en especie. Esta modalidad significa que una vez que se ha interpuesto la demanda respectiva y que al obligado o alimentante se le fija la cuota alimentaria podrá existir la posibilidad de alcanzar un acuerdo conciliatorio en la respectiva audiencia en la cual podrán surgir pactos donde la cuota alimentaria sea en especie. Para lograr esto será necesario que se ejecuten mecanismos de tasación y por supuesto una valoración concreta equivalente en dinero, unido a esto se establecerá una relación precisa de los bienes que se entregarán por dicho concepto, así como la periodicidad de su entrega.

La norma legal ecuatoriana sobre este tema no reconoce de forma expresa si existe la posibilidad de la aplicabilidad del pago de la cuota alimentaria en especie, pero bajo la interpretación extensiva de algunos de los artículos que conforman este cuerpo normativo podría considerarse su desarrollo. Al respecto el Art. ... (14) del CNA que señala la forma de prestar alimentos, donde se reconoce el pago o la satisfacción de manera directa por parte de la persona obligada, siempre sujeto a la determinación de un juez; sobre la base de este precepto legal podría ejecutarse el pago de la cuota alimenticia en especie ante la previa decisión del magistrado.

³⁵⁸ PARRA LUCÁN, M. A. "Autonomía de la voluntad y Derecho de Familia". En L. P. (Coord.), *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado*, vol. 1. Editorial: Wolters Kluwer . Madrid, 2012, pp. 97-454.

Por otro lado, habría que agregar sobre este tema que el pago de la cuota alimenticia en especie sería otra posibilidad real y factible para dar cumplimiento a las obligaciones del alimentante y que sea garantizado al menor de edad ese principio de interés superior del niño. Como una norma de referencia puede ser mencionado el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina donde se hace una referencia expresa al contenido de la obligación alimentaria para con los hijos, en el Art. 659, sobre lo cual se establece que:

“La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por *prestaciones monetarias o en especie* y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado”³⁵⁹.

Esta definición entorno a la cuota de alimentos otorga una marcada importancia a la configuración de la naturaleza jurídica de este tipo de cuota parental, ya que ambos modos de prestación la monetaria y en especie, se colocan en el mismo nivel de factibilidad jurídica. En un principio esta normativa no establecía que tipo de prestaciones debía constituir la obligación alimentaria, no obstante, fue fijado a través de los precedentes judiciales la exclusión del pago en especies y se adoptó el pago monetario como una regla prácticamente exclusiva para este tipo de obligaciones. Con las nuevas reformas implementadas a la ley civil argentina en el año 2014 se abrió la posibilidad legal de desligar la práctica jurídica en materia de derechos de alimentos de un esquema monetario exclusivo y se promovió la consolidación de este tipo de obligaciones como una deuda de valor. La consideración de la diversidad que puede tener el pago de la cuota de alimentos tiene como base su estipulación como una obligación de valor. Las nuevas reformas a la norma civil argentina deberían constituir una referencia a tomar en cuenta en las modificaciones que son necesarias en la ley ecuatoriana en materia de niñez y adolescencia, para lograr una mayor efectividad en el cumplimiento de los derechos y deberes. Unido a esto, pueden tomarse en cuenta a las consideraciones de que el pago en

³⁵⁹ Ver en referencias bibliográficas *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*.

especies no es más que la ejecución de mecanismos de pago hacia las obligaciones ya estipuladas en el Código civil, específicamente en lo que se refiere al cumplimiento, pago y solución de las obligaciones civiles.

2.Propuesta de reforma alternativa

2.1. Fondo para el pago de pensiones alimenticias

I. Justificación de la aplicabilidad de un Fondo para el pago de pensiones alimenticias ante la ineficiencia del apremio personal o prisión por el no pago de las deudas en materia de alimentos.

En el marco de los procesos judiciales en materia de crisis matrimoniales o de pareja, una de las medidas que se llegan a materializar recae en la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad. A modo general el juez puede llegar a atribuir a uno solo de los cónyuges la custodia sobre el menor o los menores, mientras que le llega a imponer al otro el deber u obligación de contribuir con la manutención de los hijos a través de una pensión alimenticia. respecto a la cuantía a devengar por concepto de este tipo de pensión, esta se encuentra sujeta a las necesidades de los hijos y acorde a las condiciones económicas del alimentante. Los beneficiarios directos de la pensión alimenticia son los hijos, aunque esta es administrada por el cónyuge que ostenta la guarda y custodia.

Como bien ha quedado expuesto en esta investigación una de las acciones judiciales principales que resultan ser aplicadas ante el impago de la pensión alimenticia es el apremio personal. Este representa una medida coercitiva ejecutada ante el incumplimiento de la obligación alimentaria que tiene como propósito coaccionar al alimentante para que cumpla con su obligación. Por otra parte el juez dentro del ámbito de las funciones que ostenta determinará la contribución de cada progenitor en aras de satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para garantizar la efectividad de las prestaciones debidas, en el Ecuador esto se evidencia en el apremio personal. Esta ejecución forzosa del apremio personal total se encuentra determinada en el Código Orgánico General de Procesos a partir del incumplimiento de la pensión de alimentos de manera reiterada, así se estipula en el Art. 137. Esta medida en el ámbito civil implica

una total contradicción de la aplicación de la privación de libertad por deudas de carácter civil, además de que no contribuye a solucionar el problema, el cual recae en el pago de la pensión alimenticia para que el menor de edad pueda subsistir o sea cubrir sus necesidades básicas

En principio la norma constitucional ecuatoriana establece en su Art. 44 que tanto el estado, la sociedad así como la familia desde una actitud prioritaria llegarán a contribuir al desarrollo vital e integral e los menores de edad, y el aseguramiento del ejercicio pleno de aquellos derechos que le asisten, todo esto basado en el principio del interés superior del niño donde sus derechos llegarán a prevalecer sobre los del resto de las personas. En concordancia con lo regulado en la Constitución, el CNA en su Art. 11, reconoce de forma expresa el interés superior del niño, como un principio dirigido a satisfacer un ejercicio efectivo de los derechos que poseen los niños, niñas y adolescentes, ante lo cual se impone que todo el engranaje estatal deberá ajustar sus acciones en aras de lograr su cumplimiento.

Por otra parte, el derecho de alimentos dentro de la legislación ecuatoriana ha sido catalogado como connatural dentro de la relación paterno-filial y directamente vinculado con el derecho a la vida, la supervivencia y la vida digna. Desde el reconocimiento de la medida de privación de la libertad por concepto de no pago de la pensión de alimentos en la norma constitucional, el número de procesos judiciales por concepto de impago de pensiones no ha demostrado una mejoría, o sea lejos contribuir a la solución del problema que recae en la manutención del menor de edad, lo agrava al dejar en un estado de indefensión al niño o niña, y al alimentante u obligado preso.

Acorde a estadísticas brindadas por Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) se puede percibir que desde el año 2006 hasta el año 2016 los divorcios han incrementado considerablemente específicamente de 13 981 a 25 648³⁶⁰, y estas cifras sólo reflejan los divorcios que constan inscritos en el Registro Civil a nivel nacional, a partir de las uniones formalizadas. A esto habría que agregarle que el Ecuador posee el tercer lugar en la región latinoamericana respecto a la tasa más alta de embarazos

³⁶⁰ Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. “*Estadística de Matrimonios y Divorcios 1996-2016*”. Obtenido de: <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/matrimonios-divorcios/>

adolescentes, donde según las estadísticas reflejadas en el INEC sólo en el año 2014 evidencian que 49.3 de cada 100 hijos nacidos vivos fueron de madres adolescentes, cuyo rango de edad llegó hasta los 19 años. Igualmente, en la última década el incremento de los partos de adolescentes entre 10 y 14 años de edad fue del 78%. Ante esta clara problemática se hace necesario implementar alternativas para que los menores de edad puedan recibir una pensión alimenticia que contribuya con su adecuado desarrollo y subsistencia.

En este sentido sólo hasta mediados del año 2017 y según la información aportada por el Consejo de la Judicatura desde su portal web 626 341 personas contemplaban como obligación el pago de la pensión por alimentos para un total de 777 986 menores de edad. En el marco de estas cifras constaban por concepto de retrasos, pedidos de liquidación a partir de montos adeudados y boletas de apremio un total de 470 294 alimentantes, lo cual representa el 69.04% del total, o sea más de la mitad³⁶¹.

Respecto a la sentencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, esta constituyó una modificación al Art. 137 del COGEP, específicamente en lo que se refiere a la aplicación del apremio personal. Estos cambios han permitido que los alimentantes lleguen a establecer acuerdos sobre el pago de la pensión alimenticia y así no ir presos. El alcance de este tipo de acuerdos tiene como base la asistencia a determinada audiencia, accionar que en la práctica judicial se ha manifestado en la actuación de los jueces hacia la imposición a las madres de aceptar acuerdos que a modo general no siempre llegan a ser cumplidos, esto representa un factor que influye en la tardanza de la ejecución del derecho de alimentos que poseen los menores de edad. A pesar de que el juzgador tiene la obligación de ponderar entre el derecho de alimentos del menor y el derecho de libertad del alimentante, una importante cantidad de jueces abogan por insistir en el desarrollo de acuerdos y como resultado final se obtiene la ejecución del apremio después de transcurridos varios meses. Esto no representa ni constituye una garantía en cuanto al pago de la pensión de alimentos, ya que predomina la irresponsabilidad del alimentante o como se ha evidenciado en reiteradas ocasiones el alimentante no posee los medios de

³⁶¹ Consejo de la Judicatura. Obtenido de: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/>

donde obtener el dinero para cumplir o pagar la pensión por alimentos, debido principalmente a la falta de trabajo.

En la situación aquí expuesta existen menores de edad que nunca han recibido dinero por concepto de pensión de alimentos e incluso madres que se han enfrentado a procesos judiciales desgastantes y largos para tratar de cobrar este tipo de pensión, ante lo cual no han contado con mecanismos alternativos que le brinden una solución a su problema más allá del apremio personal. Ante esta problemática y cuando falla el apremio personal, se crea un claro estado de indefensión del menor desde la justicia y por parte del Estado.

Como un posible mecanismo o alternativa viable para el pago de la pensión alimenticia podría ser la creación de un Fondo que brinde la posibilidad a los alimentantes de acceder a un crédito sin intereses, puesto que la pensión alimenticia que no ha sido pagada genera intereses. De esta manera el otorgamiento del crédito estaría supeditado a cierta flexibilidad en cuanto a su pago y así se cumpliría con el principio constitucional del interés superior del niño, quien representa el eslabón más débil y por lo tanto el mayor perjudicado por el no pago de la pensión alimenticia. en el caso específico de los créditos a otorgar a partir de la conformación de este Fondo deberán ser sometidos a un adecuado análisis con el objetivo de evitar cualquier tipo de abusos por parte del alimentante, especialmente relacionados a su capacidad de pago o que se existe un aprovechamiento desmedido imposibilitando que terceros realmente necesiten acceder a este tipo de beneficios emanados del Fondo.

La creación de este Fondo partiría de la aprobación de una norma legal, semejante a la que ya existe en varios espacios, dígase el Fondo de Fomento de las Artes reconocido en la Ley Orgánica de Cultura; el Fondo de Liquidez y el Fondo de Seguros Privados establecido en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero. Por otro lado, a este nuevo Fondo habría que dotarle de diversas fuentes de ingresos, ejemplo de ello serían las multas o algún tipo de infracción que implique un pago económico, o sea que con el transcurso del tiempo se desarrolle una capitalización o sustento independiente.

Respecto a este tipo de obligaciones se debe tener en cuenta, que sólo llegan a extinguirse a partir de la ejecución del pago efectivo, ya que por disposición legal se llega

a incrementar con el paso de los meses debido a los intereses legales y las indemnizaciones anuales respecto a las pensiones de alimentos. en este supuesto del no pago de alimentos, el deudor estará vinculado a una deuda que se transformará en impagable.

Respecto a este fondo hay que señalar, que debería estar respaldado por la posibilidad de ejecutar un oficio de revisión sobre la situación económica de la persona obligada, puesto que, de existir un cambio de la misma, el fondo podría solicitar que la pensión llegue a ser ajustada a la nueva realidad económica, dígase como una especie de incidente de rebaja o de aumento. Esto debería ser traducido en el impulso de una revisión hacia las medidas cautelares que hayan sido dictaminadas, hay que reiterar que este proceder debería ser de oficio y no de manera rogada como se ejecuta en la actualidad.

II. Denominación y funcionamiento del Fondo.

En primer lugar, este mecanismo sería reconocido como Fondo de Garantía para el Pago de las Pensiones Alimenticias. Dicho ente consistiría en un fondo de pagos adelantados, a la vez este tipo de fondos representan mecanismos emergentes o una última alternativa para contribuir a la protección, cuando los mecanismos implementados para gestionar riesgos o posibles soluciones no alcanzan a compensar un determinado daño o afectación. Por otra parte, este tipo de fondos responden a la necesidad de llegar a compensar a las víctimas o individuos en estado de indefensión, colocados entre el inicio de una demanda y la espera de la efectiva compensación identificado con la fase de ejecución de la sentencia. Razón por la cual del fondo emana una especie de acción protectora, donde el obligado al pago de la pensión alimenticia está identificado, ha sido condenado y no dispone de medios para afrontar el pago de dicha pensión, a la vez se persigue evitar aquellos perjuicios que puedan ocasionarse al menor de edad, el cual se encuentra en un estado de necesidad.

En lo que se refiere al funcionamiento de este fondo, será configurado como un fondo carente de personalidad jurídica y su gestión correrá a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas en una labor coordinada con la red pública de bancos estatales. De esta manera se le brindará un tratamiento específico al impago de la pensión alimenticia, y no se incurrirá en costos adicionales a la conformación de un fondo con personalidad

jurídica propia y autonomía organizativa y operatividad. Ahora bien, respecto a la financiación de este Fondo, la misma procederá de las aportaciones anuales consignadas en el presupuesto general del Estado, y en el caso que la ley lo estipule con aquellos retornos procedentes de reembolsos a partir de anticipos concedidos.

III. Beneficiarios del Fondo de Garantía para el Pago de las Pensiones Alimenticias.

Respecto a los beneficiarios de la implementación de este Fondo, serán a modo general los menores de edad ciudadanos ecuatorianos, siempre que concurran las siguientes condiciones:

- Que sean titulares de un derecho de alimentos reconocido judicialmente y no pagado.
- Que los límites en cuanto a recursos e ingresos de la unidad familiar a la que pertenece el menor de edad no sean superiores a los ocho mil quinientos (8500) dólares anuales.

En este sentido puede darse el caso que el titular del derecho de alimentos en el ámbito judicial y cuya obligación no ha sido pagada sea un menor de edad extranjero no nacional, para que pueda acceder a los beneficios del Fondo deberán darse las condiciones siguientes:

- Residir de manera legal en el Ecuador, con una permanencia de cinco (5) años mínimo. Cuando el menor de edad posea cinco (5) años o menos la residencia será tomada en cuenta a quien ejerza su guarda y custodia.
- Si el titular de la guarda y custodia del menor de edad fuera ciudadano ecuatoriano bastará con que el menor de edad sea residente legal en el territorio ecuatoriano.

IV. Reglas para la aplicación del Fondo de Garantía para el Pago de las Pensiones Alimenticias.

En cuanto a la cobertura que ofrece este Fondo, sólo llega a comprender las necesidades más básicas del menor de edad, durante un periodo limitado de tiempo, no

obstante, existirían excepciones acorde a las características o complejidades de cada caso. En el supuesto específico de los créditos y el anticipo entregado al menor de edad este se regirá por las cuotas mínimas establecidas en la tabla de pensiones alimenticias, la cual se actualiza todos los años. De esta manera, los anticipos otorgados por medio del crédito tienen una cuantía máxima y además son incompatibles con otro tipo de prestaciones o ayudas públicas brindadas por este mismo concepto, a la vez el otorgamiento de estas mensualidades tiene un periodo de tiempo determinado que podrá ser hasta doce (12) meses, y ajustable a cada situación en concreto. Las reglas que regirán el funcionamiento de este Fondo responden directamente al principio de intervención subsidiaria del Estado y a la moderación del presupuesto general del Estado. A continuación, se especifican de forma concreta la materialización de la pensión de alimentos por medio de los beneficios obtenidos del Fondo:

- La cuantía del anticipo por concepto de pensión de alimentos que conceda el Fondo será considerada siempre en importes mensuales.
- El beneficiario tendrá derecho al anticipo obtenido del Fondo cuya base será la cantidad mensual determinada judicialmente en concepto de pago de alimentos.
- La cuantía máxima a recibir por parte del acreedor de la pensión de alimentos se establece según los parámetros fijados en la tabla de pensiones alimenticias.
- La percepción de la pensión alimenticia a través del Fondo no será compatible con otra prestaciones o ayudas de esta naturaleza y finalidad que hayan sido reconocidas por diferentes entidades públicas.

V. Viabilidad del Fondo de Garantía para el Pago de las Pensiones Alimenticias.

La concesión de un crédito para el pago de la pensión alimenticia, lo cual representa una especie de anticipo para el acreedor alimenticio supone la subrogación del Estado en los derechos del beneficiario frente al obligado a pagar alimentos, lo cual incluye el total del importe de los pagos satisfechos. En el caso del reembolso de dicho importe se deberá tomar en cuenta su naturaleza pública y por lo tanto su respectivo cobro

será efectuado acorde a las leyes que rigen el presupuesto del Estado. Por otra parte, aquellos anticipos derivados del Fondo que son recibido de manera incorrecta o indebida tendrán que ser reintegrados. A modo general este Fondo mejora la protección y las condiciones de los acreedores de pensiones alimenticias que son reconocidas en el ámbito jurídico y que no han sido pagadas.

2.2 Aplicación de la jurisdicción coactiva como una alternativa para el cobro de pensiones alimenticias impagas y vencidas

I. Fundamentación de la acción coactiva como medida alternativa para el cobro de la pensión alimenticia no pagada.

En el marco de las alternativas aquí planteadas, como otra opción que puede ser viable en el cobro de las pensiones alimenticias impagas y vencidas resulta ser la jurisdicción coactiva. Este tipo de jurisdicción se identifica, en principio, como un mecanismo de cobro para las obligaciones que se le adeudan a las entidades estatales o aquellos organismos que se encuentran legalmente autorizados para ejercer determinadas funciones, previstos en la norma legal, y que no existe la necesidad de recurrir a la justicia ordinaria.

Esta jurisdicción debe ser entendida en su aplicación desde la perspectiva de que es el Estado quien tendrá que proporcionar los recursos o fondos para que sean reintegrados los recursos económicos necesarios para el funcionamiento del Fondo de Liquidez de pago de Pensiones Alimenticias. Una vez que el Estado es el aportante, no se deberá al representante del menor que ha proveído el sustento, sino al propio Estado, el cual podría ejercer el procedimiento coactivo hacia el cumplimiento de sus derechos.

La finalidad de la acción coactiva encierra la obtención del pago de los impuestos o créditos a favor de la Administración Pública o de créditos adeudados al Estado ejemplo aquellos vinculados al Fondo de Liquidez para el Pago de pensiones Alimenticias. Esto se llega a materializar a través de la imposición de medidas cautelares sobre los bienes del deudor, dígame embargo y secuestro, además posteriormente se procede a la ejecución de la venta en subasta pública, conocido también como remate, una vez que el deudor se ha negado al pago voluntario de sus respectivas obligaciones.

En el ámbito doctrinal se llega a concebir al proceso de ejecución coactiva, como una de las vías más idóneas para la realización de determinado derecho, principalmente motivado por las características especiales que posee en cuanto a su agresividad, conocimiento abreviado y la rapidez de su desarrollo. Este tipo de proceso evidencia una clara tendencia de asegurar al Estado la recaudación, en un plazo breve de tiempo, de aquellos recursos necesarios en aras de ejercitar sus políticas y brindar el efectivo cumplimiento de sus objetivos específicos. Es así que, el poder coactivo tiene sus orígenes en la ley y deviene en una jurisdicción coactiva, la cual ostenta la Administración Pública.

Hay que agregar que la acción coactiva es concebida como:

“(...) el privilegio exorbitante de la Administración que consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, las deudas a su favor, adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en el principio de que prevalece el interés general, en cuanto dichos recursos se necesitan de urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales, la cual se ejerce respecto a las obligaciones surgidas de actos de soberanía del Estado y no de simples actos de comercio”³⁶².

Por otra parte en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no puede percibirse una clara definición legal sobre la denominada jurisdicción coactiva, puesto que su establecimiento como institución jurídica, se ha caracterizado por ser dispersa en varias y cada vez más numerosas, novedosas y heterogéneas normas legales que integran el ordenamiento jurídico nacional. Este tipo de acción desde sus inicios careció de una real descripción de su esencia y de los que realmente implica, además de la verdadera naturaleza del procedimiento, y del sujeto activo que la materializa unido a las limitaciones impuestas por el propio derecho público. No obstante, nada de esto ha constituido un impedimento para su ejercicio.

³⁶² RIBADENEIRA, D. "La interpretación de la administración tributaria: actos y resoluciones, y razonamiento jurídico". *Memorias de las VI Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario*. Editorial: Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario. Cuenca, 2015, p. 187.

II. Funcionamiento del proceso coactivo en el cobro de la pensión alimenticia impaga y vencida.

En lo que se refiere a la doctrina del derecho administrativo se ponen de manifiesto múltiples respuestas destinadas a explicar y justificar la titularidad que detenta la Administración Pública de poder ejecutar el cobro forzoso de determinadas cantidades líquidas a su favor, por medio de la imposición de apremios al patrimonio de personas particulares sin mediar el requisito de acudir a los jueces o a la justicia ordinaria. En este sentido un sector mayoritario de la doctrina aboga por considerar este tipo de potestad como una manifestación del principio de autotutela que le asiste a la Administración Pública³⁶³.

En el supuesto del ordenamiento jurídico ecuatoriano la regulación de la ejecución coactiva en el Código Orgánico Administrativo (COA) resulta ser uno de los mayores avances en materia administrativa, ya que a partir de dicho reconocimiento se evitarán arbitrariedades por parte de los jueces de coactivas. En este sentido el título de crédito a partir de cual es ejercido el procedimiento coactivo tiene su respaldo en títulos ejecutivos, catastros, asientos, cartas de pago, registros contables y cualquier instrumento que contribuya a probar la existencia de la obligación³⁶⁴. Del mismo modo, el derecho de crédito que tiene la Administración también llega a originarse en el acto administrativo, donde la eficacia no esté suspendida.

Por otra parte, de no existir una orden de cobro no se podrá dar inicio al procedimiento coactivo. De igual manera no podrá proceder la impugnación en la vía administrativa del acto administrativo que sea originada a partir del requerimiento al deudor para proceder al pago voluntario. El deudor puede llegar a reclamar administrativamente en contra de los requisitos del derecho o del título de la administración para su emisión, toda vez que la obligación está representada en un título de crédito. En el caso de la regulación del procedimiento de coactiva se llega a establecer

³⁶³ DELGADILLO GUTIERREZ, L. H. *Compendio de Derecho Administrativo*. Editorial: Porrúa, 2da edición. Ciudad de México, 2011.

³⁶⁴ Ver en referencias bibliográficas *Código Orgánico Administrativo de 2017*, Art. 262

que se entiende por obligación exigible, donde a la vez llegan a fijarse dos fases en su implementación estas son:

- la fase preliminar en la que procede el organismo ejecutor a realizar las acciones correspondientes en virtud de la orden de cobro una vez notificada, donde se le brindan facilidades de pago al deudor; y
- la fase de apremio a través de la cual se emite la respectiva orden de pago inmediato al deudor, el cual deberá pagar o dimitir bienes, cuando se vence el plazo para efectuar el pago voluntario se procederá al embargo y al remate.

En los casos planteados el deudor solamente puede oponerse a la ejecución coactiva a través de la interposición de la respectiva demanda de excepciones ante los jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa. La demanda no dará cabida a la suspensión del proceso.

La norma constitucional ecuatoriana vigente llega a consagrar el principio de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en relación a los derechos que le asisten a los niños, niñas y adolescentes. Razón por la cual corresponde asegurar una adecuada y efectiva atención a este grupo social de atención prioritaria. Las alternativas aquí planteadas como propuesta que descansa primero en el fondo creado con el objetivo de que el Estado desembolse los valores por concepto de pensiones alimenticias impagas, donde el alimentante queda como deudor de dicho fondo, y en segundo lugar estos créditos serían recuperados por la vía coactiva, que se caracteriza por constituir un procedimiento ágil, sumario y rápida en materia de recaudación.

Con la entrada en vigencia del COA, donde se regula de forma expresa el ejercicio de la jurisdicción coactiva sería viable y certero su aplicación en el cobro de las pensiones alimenticias impagas. Al respecto quedaría plantearse la interrogante sobre qué sucede con las personas que adeudan pensiones alimenticias que no poseen bienes o medios para obtener los ingresos necesarios, y tampoco tienen cuentas en el sistema financiero, pues con ambas alternativas se contribuiría a disminuir una buena cantidad de deudores. La aplicabilidad de este tipo de procedimiento resulta procedente desde el momento en el que a través del juicio de alimentos o de divorcio es fijada la pensión alimenticia y se

genera un retraso de dos o más pensiones se dictará el requerimiento de pago voluntario, con la previa liquidación y verificación de dicho incumplimiento, ello a través de oficinas de liquidaciones de pensiones que funcionan en cada unidad judicial. El plazo otorgado sería de 24 horas para que el deudor pague o dimita sus respectivos bienes, caso contrario se dará inicio al procedimiento coactivo.

3. Sanciones penales por impago de alimentos en el derecho comparado

3.1. España

Constituía una tradición jurídica que las disputas familiares, en su mayoría, quedaran fuera del campo de acción del Derecho penal, pero a partir de una nueva concepción de la familia, que se desarrolló en España con mayor fuerza después de la guerra civil, esta fue adoptada como uno de los pilares fundamentales de la nueva sociedad. Esta concepción contribuyó a la implementación de cambios importantes en la configuración de las relaciones familiares.

En el año 1978 fue restablecido en el país ibérico el régimen democrático por medio de la promulgación de un nuevo texto constitucional, hecho que abrió paso a la materialización de varias novedades jurídicas como fue la Ley del Divorcio en el año 1981. Por otro lado, se llegó a comprobar que como hechos que representaban un gran perjuicio a las relaciones familiares se destacaba el incumplimiento de las prestaciones civiles derivadas de regulaciones en las circunstancias de divorcio o separación. Ante este problema se tomó la decisión de tipificar los hechos como delitos, en un primer momento fue introducido en el Código penal de 1989, por medio de una reforma el delito de impago de pensiones, y en la actualidad todos los hechos que atenten contra la familia están recogidos en un título único, Título XII “Delitos contra las relaciones familiares”³⁶⁵. Como novedades principales de este título se encuentran:

- Ampliación de la protección de las prestaciones derivadas de procesos de filiación y alimentos a favor de los hijos.

³⁶⁵ Ver en referencias bibliográficas Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del *Código Penal*.

- Inclusión del incumplimiento de prestaciones que no poseen un carácter periódico.
- Es regulado de forma expresa, dentro del tipo, el contenido de la responsabilidad civil.

El delito de impago de pensiones ha tenido tradición en cuanto a su reconocimiento en la norma penal española. El Código penal español dedica su Art. 227, al impago de pensiones, en el que se establece lo siguiente:

“1º. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

2º. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida en forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

3º. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”³⁶⁶.

En el artículo que le sucede, o sea el Art. 228 se establece la condición objetiva de procedibilidad: “Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, solo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal”³⁶⁷. De esta forma la norma penal española alcanza a subsanar la omisión de los hijos extramatrimoniales, reconoce como incumplimiento de prestación el pago único, y se refiere de manera expresa al régimen de responsabilidad que se deriva del delito.

³⁶⁶ *Ibidem*

³⁶⁷ *Ibidem*

3.2. Argentina

Como parte de las cuestiones procesales de la obligación alimentaria que rigen en el ordenamiento jurídico argentino, se destaca el efecto temporal y la competencia de la sentencia en cuanto a los alimentos atrasados. Primeramente, hay que decir que el Código Civil y Comercial es la norma que regula aspectos de fondo y procedimentales de los alimentos en general, que son aplicables a las cuatro fuentes de la obligación alimentaria:

1. Alimentos derivados del matrimonio y su ruptura (divorcio).
2. Alimentos derivados de las uniones convivenciales mientras la pareja convive.
3. Alimentos a favor de los hijos o derivados de la responsabilidad parental.
4. Alimentos entre parientes.

Más allá de las particularidades que cada fuente alimentaria pueda presentar, la técnica legislativa parte de la regulación entre parientes, con el fin de establecer principios generales que resulten aplicables a los restantes. El Código llega a ocuparse de manera expresa el establecer ciertas normas procesales que pueden ser aplicadas en los ordenamientos jurídicos que rigen en cada provincia, donde en los casos de conflictos se deberá reconocer la prevalencia del Código nacional.

El Código Civil y Comercial introduce reglas generales procesales relacionadas al reclamo de la prestación alimentaria. En lo que se refiere a la legitimación, Art. 661, esta es otorgada a:

- el otro progenitor en representación del hijo, Art. 101, inciso b)
- el propio hijo con grado de madurez suficiente, con asistencia letrada.
- de forma subsidiaria puede petitionar los alimentos cualquiera de los parientes o el Ministerio Público.

Aquí se evidencia a grandes rasgos, las reglas básicas en materia de alimentos. En el supuesto de incumplimiento alimentario este además de su tratamiento en la norma procesal civil, tiene repercusiones en el marco del Derecho penal al ser considerado un delito. La ley 13.944, que fue modificada por las leyes 23.479 y 24.029, regula como delito el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar y para ello dispone en su Art. 1 lo siguiente:

“Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de quinientos a dos mil pesos a los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se substraieren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido”³⁶⁸.

Este contenido es amplificado en el Art. 2:

“En las mismas penas del artículo anterior incurrirán, en caso de substraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia, aun sin mediar sentencia civil:

- a. El hijo, con respecto a los padres impedidos;
- b. El adoptante, con respecto al adoptado menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido; y el adoptado con respecto al adoptante impedido;
- c. El tuto, guardador o curador, con respecto al menor de dieciocho años o de más si estuviere impedido, o al incapaz, que se hallaren bajo su tutela, guarda o curatela;
- d. El cónyuge, con respecto al otro no separado legalmente por su culpa”³⁶⁹.

La ley 24.029, reformadora de esta norma introduce los siguiente:

“Será reprimido con la pena de uno a seis años de prisión, el que, con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente destruyere, 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”³⁷⁰.

3.3. Chile

En el ordenamiento jurídico chileno la Ley 20.152 promulgada el 9 de enero de 2007, introduce una serie de modificaciones a la Ley 14.908 sobre abandono de familia

³⁶⁸ Ver en referencias bibliográficas Ley 13.944/1950, ley que establece penalidades para el incumplimiento de los deberes a la asistencia familiar.

³⁶⁹ *Ibidem*

³⁷⁰ Ver en referencias bibliográficas Ley 24.029/1991, Asistencia Familiar.

y pago de pensiones alimenticias. Estos cambios giraron en torno a la competencia, los alimentos provisorios, la carga de la prueba, los apremios y las sanciones. El impago de las pensiones alimenticias tiene trascendencia para el derecho penal chileno en aquellos casos donde la persona demandada sea capaz de ocultar sus fuentes de ingresos, en estas circunstancias se puede aplicar la pena de privativa de la libertad en cualquiera de los grados establecidos en el Código penal.

Esta conducta fraudulenta en el proceso judicial de alimentos, por parte de la persona demandada, tiene consecuencias de índole penal acorde a las normas generales de dicha norma³⁷¹, no por incumplir con el pago de alimentos, este hecho último no está reconocido en la norma penal chilena como delito. de esta forma las sanciones establecidas para el incumplimiento del pago de pensiones alimenticias poseen una regulación variada que, donde al incumplimiento de la obligación se le imponen sanciones en la norma procesal civil³⁷², y el actuar viciado del demandado en el juicio por alimentos, es penalmente sancionada. Algunos de los principales mecanismos para asegurar el pago de las pensiones alimenticias son los siguientes:

1. Mérito ejecutivo³⁷³: al obtener el alimentario una sentencia definitiva concediendo una pensión de alimentos, obtiene también, el derecho a entablar una acción de cobro ejecutivo, es decir, un procedimiento para perseguir el cumplimiento compulsivo de una obligación, consecuencia de derechos pre-declarados o preestablecidos.
2. Constitución de caución, Hipoteca o Prenda³⁷⁴: el juez podrá también ordenar que el deudor garantice el cumplimiento de la obligación alimenticia con una hipoteca o prenda sobre bienes del alimentante o con otra forma de caución.
3. Arresto nocturno y diurno del alimentante incumplidor³⁷⁵: a petición de parte o incluso de oficio y sin necesidad de audiencia el Juez de Familia está

³⁷¹ Ver en referencias bibliográficas *Código Penal chileno de 1878*.

³⁷² Ver en referencias bibliográficas *Ley No. 1552/ 1902. Código de Procedimiento Civil*.

³⁷³ Ver en referencias bibliográficas *Ley 14.908/1962*.

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ *Ibidem*.

facultado para apremiar personalmente al alimentante, siempre y cuando no hubiere cumplido su obligación en la forma ordenada o acordada dejando de efectuar el pago en de una o más cuotas y los alimentos sean a favor del cónyuge, de los padres, de los hijos o del adoptado, mediante una severa fórmula cual es el arresto nocturno entre las 22 horas de cada día hasta las 06 horas del siguiente día hasta por 15 días, pudiendo ampliarse hasta por 30 días hasta obtener el pago íntegro de la obligación.

4. Tipificación de delitos especiales³⁷⁶: ocultamiento de fuentes de ingresos del demandado; no acompañar documentos requeridos o no formular la declaración jurada que exige la ley; proporcionar documentos falsos o inexactos o en que se omitan datos relevantes; omisión de datos relevantes; inclusión de datos inexactos; omisión de información relevante en la declaración jurada. La sanción penal es de 1 a 60 días hasta 3 años internamiento.
5. Retención de la devolución anual de impuestos a la renta del alimentante³⁷⁷: el alimentario puede solicitar este tipo de retención al Juez de Familia respectivo, quien en el mes de marzo oficiará a Tesorería General de la República ordenando que retenga de la devolución anual de impuestos a la renta que corresponda percibir a deudores de pensiones alimenticias, los montos insolutos y las pensiones que se devenguen hasta la fecha que debió haberse verificado la devolución. Tesorería deberá comunicar al tribunal el hecho de la retención y el monto de esta.
6. Orden de arraigo³⁷⁸: a pesar de haber sido una medida bastante controversial, no aceptada en un principio dado que la ley no la contemplaba expresamente y era aceptada sólo por algunos Tribunales, en la actualidad se decreta en conjunto con las órdenes de arresto solicitadas, la cual deberá expresar el

³⁷⁶ Ver en referencias bibliográficas *Código Penal chileno de 1878*.

³⁷⁷ Ver en referencias bibliográficas Ley 14.908/1962.

³⁷⁸ *Ibídem*.

monto de la deuda, autorizándose que dicho pago pueda realizarse directamente a las autoridades policiales que constaten la vigencia de esta orden directamente y en cualquier momento, teniendo en consideración que la razón del presente apremio es precisamente compeler y obtener el pago de lo adeudado.

3.4. Paraguay

En la legislación paraguaya se establece que la persona que está sometida a un juicio por alimentos, como parte demandada, esta imposibilitada de eludir el pago³⁷⁹. Con la finalización del proceso judicial la consecuencia lógica que se persigue es la ejecución de la sentencia, además del reconocimiento del derecho que se reclama. Como parte de las medidas que se materializan en la práctica jurídica de este país para cumplir con el pago de las pensiones alimenticias se encuentra el embargo de los bienes del demandado en el caso de que tuviera alguno, y la solicitud de descuento en el salario que pudiera percibir el obligado. Ambos mecanismos son aplicados en el marco del derecho civil, pero también se destaca la trascendencia del incumplimiento de esta obligación en el derecho penal, donde se regula lo siguiente:

“Incumplimiento del deber legal alimentario

1° El que incumpliera un deber legal alimentario y con ello produjera el empeoramiento de las condiciones básicas de vida del titular, o lo hubiera producido de no haber cumplido otro con dicha prestación, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

2° El que incumpliera un deber alimentario establecido en un convenio judicialmente aprobado o en una resolución judicial, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa”³⁸⁰.

En el ordenamiento jurídico de este país latinoamericano, se evidencia la contemplación de la obligación alimenticia tanto en la rama civil como penal,

³⁷⁹ Ver en referencias bibliográficas Ley No. 1680/ *Código de la Niñez y la Adolescencia*.

³⁸⁰ Ver en referencias bibliográficas Ley No. 1.160/97- *Código Penal de Paraguay*.

estableciendo las sanciones correspondientes en caso de incumplimiento en cada una de ellas. En este estudio comparado se ha tomado como referencia a estas naciones debido al origen de su legislación desde el propio sistema latino y además de que se erige como común denominador, en dichos ordenamientos jurídicos, la configuración del delito de abandono de familia, elemento que representa una de las propuestas de esta investigación. En esta propuesta, se persigue tipificar en la legislación nacional el hecho de abandonar a la familia a través del incumplimiento de un conjunto de obligaciones, como es el no pago de la pensión de alimentos. Por otra parte, también se ha pretendido contemplar las variables estipuladas en torno al apremio personal, ejemplo el arresto parcial, ya sea como un arresto nocturno y diurno, tal como está estipulado en la sentencia moduladora analizada anteriormente, además de la orden de arresto como mecanismo de última *ratio* hacia las acciones que tienen un carácter civil, incluso puede ser como apremio real o bajo la adopción de medidas cautelares hacia las obligaciones alimenticias.

4. Delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar

La función asumida por el Derecho penal al pretender contribuir con la evolución y equilibrio social, unido a otros factores, han conducido al legislador a introducir nuevas formas penales basadas en el principio de solidaridad social. Bajo este tipo de principios se llega a reprimir a la persona que omite ejecutar determinada prestación que puede conducir a la salvaguardia de un bien jurídico, o por otra parte a que no se imposibilite la producción de un resultado típico cuando se está obligado a ello. Como parte del objetivo de protección de aquellos bienes jurídicos relevantes dentro de la sociedad se ha introducido en algunos ordenamientos jurídicos, tal es el caso de la legislación argentina, la figura delictiva del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar³⁸¹.

Este delito acorde a la regulación que se le brinda en la legislación argentina el bien jurídico protegido es la familia, posición que llega a tener un respaldo mayoritario en la doctrina jurídica. Al respecto hay que señalar que con el propósito de que se materialice determinada imposición de una pena resulta necesario que a criterio del legislador un bien jurídico sea afectado. Resulta este un motivo principal para que todas

³⁸¹ Ley 13.944, norma que establece penalidades para el incumplimiento de los deberes a la asistencia familiar.

las disposiciones penales sean ordenadas de manera sistemática y dirigidas al amparo de forma concreta de ciertos bienes socialmente protegidos con una severidad máxima.

Por lo tanto, pueden apreciarse en la normativa penal diferentes tipos de peligros, en los cual a la vez se pone de manifiesto un carácter diverso por lo que también será diversa la prudencia a adoptar cuando son aplicados. Esto se debe a que en la doctrina penal esta clase de tipos penales, o sea los delitos de peligro, resultan tener varios cuestionamientos y alcanzan a conformar un régimen de excepción hacia los requisitos presentes en el Derecho penal liberal³⁸².

Respecto a esta figura delictiva y su reconocimiento en la normativa argentina, se han desarrollado dos posiciones contrapuestas sobre cuál es el bien jurídico tutelado en la ley. En la primera posición que es la adoptada por la jurisprudencia se llega a reconocer como bien jurídico tutelado a la familia, que a la vez es una institución de Derecho privado³⁸³; mientras que otro sector de la doctrina llegó a considerar a dicho bien como la vocación alimentaria que tiene su origen entre el sujeto activo y pasivo, a razón de la existencia de un vínculo jurídico o familiar previo.

En el sentido que estipula la jurisprudencia argentina respecto a la familia como bien tutelado por la tipificación de este hecho delictivo algunos autores han señalado al respecto que, si bien el abandono de un incapaz o de un menor de edad puede llegar a representar en algunos ordenamientos jurídicos un delito contra las personas, el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar si puede configurarse como un delito contra el orden de la familia³⁸⁴. Esto tiene como base la representación tutela jurídica como un interés social, cuya esencia es proteger la asistencia económica en dicha institución.

Sin embargo, no llega a ser aceptada de forma unánime la postura donde se considera a la familia como bien jurídico tutelado, y para ello se ha llegado a afirmar que

³⁸² NOVOA MONREAL, E. "Algunas reflexiones sobre los delitos de peligro". *Revista de derecho Penal y Criminología*, No. 3, 2012, pp. 291-300.

³⁸³ CAIMMI, L. A., & DESIMONE, G. P. *Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*. Editorial: Depalma, 3era edición. Buenos Aires, 2011.

³⁸⁴ LASCANO, C. J. *La Ley 13.944 y el estado actual de la jurisprudencia: el delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar*. Editorial: Lerner y Lerner, 4ta edición. Madrid, 2010.

la familia no es un sujeto de derechos³⁸⁵. Para ello algunos autores llegan a comparar al bien tutelado como “(...) el derecho de asistencia que pertenece a una de las instancias de la organización familiar y ese derecho refleja intereses variados y pluridimensionales”³⁸⁶. De igual modo se afirma que la familia no es el bien jurídico protegido bajo esta figura delictiva, puesto que lo que realmente se protege sería la vocación alimentaria que vincula al alimentante por medio de una relación biológica o jurídica³⁸⁷. En lo que respecta a esta última postura hay que agregar que en la legislación penal argentina las diversas conductas antijurídicas que llegan a generar una lesión o ponen a la familia en peligro se encuentran dispersas tanto en la ley sustantiva como en el resto de las leyes especiales, mientras que la figura delictiva del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar sólo se halla tipificado en la Ley 13.944, en la cual solo se topa el tema de la protección de la vocación alimentaria. En algunos de los criterios donde se defiende a la persona o sujetos pasivo como bien tutelado por esta figura delictiva, se ha llegado a plantear lo siguiente.

“(...) no podemos pensar que la familia sufra menoscabo porque un padre se substraiga a prestar los medios indispensables para la subsistencia a un hijo menor de dieciocho años. La conducta inicua de ese padre redundará en perjuicio del hijo desamparado, pero no en perjuicio de la familia”³⁸⁸.

De igual manera el tratadista Fontán Balestra considera a este delito como parte de los delitos que atentan contra las personas, y al respecto ha entendido lo siguiente: “(...) la tutela es ejercida sobre los individuos en cuanto son componentes de la comunidad económica familiar”³⁸⁹.

Por otra parte, aquellos que han optado por la teoría donde la familia es el bien jurídico protegido, han sustentado que la familia posee categoría jurídica suficiente y por

³⁸⁵ BAIGÚN, D. *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar a través de la teoría del delito*. Editorial: Depalma, 3era edición. Buenos Aires, 2011.

³⁸⁶ *Ibidem...* op., cit., p. 287.

³⁸⁷ BUOMPADRE, J. E. *Insolvencia fraudulenta: patrimonial, tributaria, alimentaria*. Editorial: Astrea, 2da edición. Buenos Aires, 2015.

³⁸⁸ GÓMEZ, E. *Leyes Penales Anotadas, Tomo II*. Editorial: Depalma, 3era edición. Buenos Aires, 2010, p. 451.

³⁸⁹ FONTÁN BALESTRA, C. *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial*. Editorial: Abeledo-Perrot, 3era edición. Buenos Aires, 2014, p. 371.

tanto es válida su tutela por parte del Derecho penal³⁹⁰. En esta controversia suscitada dentro de la doctrina jurídica argentina la consideración en individualización de la familia como bien jurídico protegido llegó a obtener reafirmaciones en la labor jurisprudencial, donde se construyó la doctrina de que el bien jurídico tutelado por la ley resulta ser la familia, y no de manera específica las personas, o sea, los sujetos pasivos o las víctimas.

En el debate suscitado dentro de la doctrina legal argentina entorno al bien jurídico tutelado por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, no existe una mera divergencia respecto a las opiniones emitidas. En la polémica generada a partir de la contraposición de posturas existe una relevancia importante, donde por una parte en el criterio donde se considera que es la familia el bien protegido por la ley, se evidenciará una sola omisión punible, a pesar de que varios integrantes del núcleo familiar resulten afectados. Es así que, en este supuesto no llega a configurarse la reiteración delictiva. En el caso contrario, o sea, si se llega a sostener el criterio donde se trata de un delito contra las personas, existiría una pluralidad de acreedores alimentarios, lo cual multiplicaría el delito, y por lo tanto habrá tantas conductas delictivas como víctimas afectadas por una acción omisiva del causante.

Aunque en la doctrina legal argentina la jurisprudencia se ha encargado de determinar a la familia como bien jurídico protegido por la tipificación del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, en otras legislaciones su regulación podría variar o ser diferente, ello en dependencia de las posturas que se adopten. Este tema en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no resulta posible valorarlo puesto que este tipo de figura delictiva no llega a estar tipificada como tal en la norma penal nacional.

4.1. Requerimientos previos

Ahora bien, el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar ha sido catalogado como un delito propio de omisión, por lo que cabe el planteamiento de si la posición de garante, la cual es identificativa de los delitos de este tipo, resulta ser el bien jurídicamente protegido por esta figura delictiva. Respecto a la posición de garante

³⁹⁰ CAIMMI, L. A., & DESIMONE, G. P. *Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta...* op., cit., pp. 150-153.

hay que señalar que se identifica como la situación en la que se encuentra determinada persona, donde en virtud de ésta posee un deber jurídico concreto de actuar para impedir que no se genere un resultado típico o delictivo, el cual resulta evitable. En el supuesto de la materialización de un accionar de omisión, éste solo es tomado en consideración por el Derecho cuando se espera una acción y por lo tanto existe un deber jurídico de actuar, y la omisión adquiere relevancia dentro del ordenamiento jurídico³⁹¹. Cuando el individuo que tiene la obligación o este tipo de deberes asistenciales con la familia comete un incumplimiento y con ello se produce una lesión o daño, el cual podía ser impedido, la posición de garante se abandona.

Esta norma legal argentina que tipifica como delito el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar brinda un conjunto de especificaciones, donde se tipifican ciertos supuestos, donde la persona que ha incumplido está a la cabeza. De igual manera, una vez que se llegan a configurar esta conducta, se genera la punición a la persona responsable por la omisión en la que ha incurrido, es decir, cuando la persona obligada se abstenga de proporcionar los medios indispensables para la subsistencia, indicados en la norma legal. Es así como, queda establecido en la Ley 13.944 que el incumplimiento de la prestación catalogada como indispensable para la subsistencia en el seno familiar es un delito.

En lo que se refiere a la configuración del delito, existe un elemento relevante que recae en el estado de necesidad de la víctima. En la doctrina legal se ha respaldado la existencia de la situación de necesidad o incluso basta con que se cree una situación de abandono para la configuración de esta figura delictiva³⁹². Acorde a los criterios expuestos se destaca el no requerir de una efectiva carencia de medios, ni tampoco su proximidad, solo basta que dichos medios sean indispensables para la subsistencia de la víctima, con la independencia de que exista la posibilidad de superar ese estado de necesidad a través de la ayuda de terceros o por medio de sacrificios propios³⁹³.

³⁹¹ BAJO FERNÁNDEZ, M., & BACIGALUPO, S. *Derecho Penal Económico...* op., cit., pp. 113-116.

³⁹² *Ibidem*.

³⁹³ FONTÁN BALESTRA, C. *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial...* op., cit., p. 377-379.

Respecto a este tema dentro de la doctrina jurídica y jurisprudencia argentinas se evidencian posiciones pacíficas, ya que no se excluye del delito circunstancias donde los interesados no lleguen a tener una situación de necesidad debido a la prestación de ayuda de terceros ajenos al obligado principal, que no están obligados con el cumplimiento de la prestación o deber de asistencia. En una expresa indicación en la Ley 13.944 en su Art. 3 la responsabilidad que tiene cada persona no es excluida por el simple hecho de existir otros obligados a brindar esos medios indispensables para la subsistencia³⁹⁴.

Sobre este tema algunos autores establecieron las bases a partir de las cuales se generaron diversas interpretaciones jurisprudenciales sobre esta figura delictiva, ejemplo de ello es la obra de Ernesto Ure, donde se manifestó la no necesidad de la existencia de un peligro concreto en el sujeto pasivo para su tipificación³⁹⁵. Cuando se hace referencia a que la víctima no posee los medios indispensables para subsistir, se llega a suponer la presencia de un estado de necesidad, o sea, dicho estado de necesidad presupone la existencia de la obligación alimentaria, por lo que no deberá acreditarse la carencia de medios por parte de la víctima.

No resulta necesario que el menor de edad se encuentre en un estado de necesidad para que reciba por parte de su progenitor la prestación alimenticia requerida. Dicha prestación resulta ser una obligación natural que ha sido consagrada en el derecho positivo, sin que medie otro requisito que la edad del menor y el parentesco. Por otra parte, la norma legal en la tipificación del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar no llega a exigir la entrega de alimentos para salir de la obligación, sino que se incita a que el obligado demuestre una cooperación directa con el deber de asistencia.

4.2. Delito de omisión y peligro de abstracto

En lo que se refiere a la caracterización de esta figura delictiva como un delito de omisión y peligro abstracto su análisis debe ser desglosado. En primer lugar hay que señalar que omitir significa abstenerse, no hacer algo, y esta falta de acción se transforma

³⁹⁴ Ver en referencias bibliográficas *Ley 13.944/1950*.

³⁹⁵ URE, E. *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*. Editorial: Abeledo- Perrot, 4ta edición. Buenos Aires, 2010.

en una conducta delictiva una vez que la norma penal ordena la materialización de determinada obligación y en el caso contrario se llega a generar una lesión o daño sobre el bien tutelado³⁹⁶. De igual manera el perfeccionamiento del hecho delictivo está sujeto a la no materialización de la conducta prevista en la ley, a la vez la omisión puede clasificarse en propia e impropia. Respecto a la omisión propia, se puede destacar que son identificadas como aquellas establecidas en la propia ley, y por lo tanto reconocidas como delitos, donde cualquier persona a modo general podría llegar a ser autora de estas. En el caso de las omisiones impropias, resultan ser aquellas que no se encuentran contempladas en la ley penal, pero su surgimiento se debe a la imposición legal de la acción a determinadas personas, debido a la función protectora o garante que ejercen, o sea el deber de ejecutar una conducta determinada³⁹⁷.

A los efectos del análisis de la figura delictiva, y su reconocimiento en la ley penal argentina, este sería clasificado como un delito propio de omisión, puesto que en su tipificación se reconoce como requisito la omisión de una acción. Por otra parte la regulación de esta figura delictiva evidencia la configuración de un delito donde no se requiere de la generación de ningún resultado externo de carácter material o de peligro concreto. Como bien ha quedado establecido, la acción típica en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar significa de manera concreta la omisión de prestar los recursos económicos necesarios para satisfacer las necesidades básicas, en este caso, del sujeto pasivo, reconocido a la vez como una obligación emergente por parte de la norma legal penal, dígase también el no asistir a una situación de necesidad real o una situación de necesidad potencial.

Respecto a la identificación de este tipo de delito como de peligro abstracto, habría que señalar que su estructura resulta ser típica objetiva, por lo que no se llega a diferenciar de los denominados delitos de simple actividad³⁹⁸. Esto significa que sólo se requiere que

³⁹⁶ CUELLO CONTRERAS, J. "El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, pp. 1-25.

³⁹⁷ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, O. "Responsabilidad penal por omisión. Bases doctrinarias". *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, No. 10, 2012, pp. 169-179.

³⁹⁸ BARBERO SANTOS, M. "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto". En V. Autores, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 69. Editorial: Ministerio de Justicia. Madrid, 2016, pp. 487-498.

el autor haya ejecutado la acción prohibida en la norma penal y específicamente la acción, que representa en sí misma un peligro claro para los bienes jurídicos que la norma penal tiene por objetivo tutelar.

La regulación de los delitos de peligro abstracto en las legislaciones penales ha generado divergencias doctrinales, a partir de las cuales no se ha logrado conclusiones reconocidas respecto a la adopción de una postura en sentido general. Algunos de los criterios desarrollados sobre los delitos de peligro abstracto se han basado en los siguientes parámetros:

- a. En el Siglo XX, dentro de la doctrina jurídica penal los delitos de peligro abstracto fueron entendidos desde el ámbito que constituyen ilícitos menores, lo cual podrían ser incluidos en la categoría de desobediencias menores. Respecto a ello, la pena a imponer estaría sujeta a la no puesta en peligro de los bienes jurídicos³⁹⁹. Esta posición no resulta ser del todo aceptada, ello se debe en primer lugar a que los delitos de peligro abstracto tienen su justificación en el alcance de garantizar una tutela más acabada y eficaz hacia los bienes jurídicos como parte de las exigencias establecidas por el Derecho penal preventivo. En segundo lugar, el objeto o materia de protección que encierran los delitos de peligro abstracto se enfoca siempre en una acción peligrosa, o sea un accionar que puede llegar a relacionarse con posibilidades objetivas de lesionar un determinado bien jurídico.
- b. Respecto a otras posiciones en la doctrina sobre los delitos de peligro abstracto, se destacan las críticas hacia la presunción del peligro contenido en este tipo de delitos. Acorde a la dificultad de la demostración del peligro, el legislador tiene la percepción común de la existencia del peligro en acciones normalmente peligrosas y con ello se utiliza la presunción *iuris et de iure* sobre la peligrosidad en el comportamiento, lo cual no poseería un peligro en

³⁹⁹ CEREZO MIR, J. "Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo". *Revista de derecho penal y criminología*, No. 10, 2012, pp. 47-72.

concreto sino solo de manera abstracta⁴⁰⁰. Por otro lado, en la aplicación del tipo penal el juez no llegaría a necesitar la comprobación de la puesta en peligro, donde incluso la prueba que evidencia carencia de peligrosidad en la acción no llega a excluir la materialización de la ley penal.

- c. Como tercer y último criterio desarrollado entorno a los delitos de peligro abstracto, se destaca aquel donde se denuncia la desproporcionalidad que poseen las penas a través de las cuales llegan a ser sancionados algunos delitos de peligro abstracto, puesto que la entidad del ilícito respecto a este tipo de delitos no llega a corresponderse con la gravedad de la sanción, a través de la cual se materializa una amenaza. De forma concreta es considerada como una dificultad el justificar que determinado hecho, en el cual sólo se manifiesta un peligro abstracto ya sea para la vida o la salud individual, resulte ser castigado de forma severa en comparación de aquel que genera directamente una lesión del mismo bien jurídico⁴⁰¹.

No obstante, a las posturas desarrolladas sobre los delitos de peligro abstracto, se ha establecido como criterio general la necesidad de prever su regulación, donde a modo excepcional se persigue organizar el ámbito social a través de la normalización de una conducta. En el supuesto del desarrollo de un comportamiento arriesgado, este puede llegar a ser marginado en un caso concreto y debido a su acumulación puede ser arriesgado de manera efectiva, de ahí la necesidad de establecer una prohibición total y contribuir a preservar el modelo de conducta.

En el caso de la obtención de la categoría de los delitos de peligro, esta representa una contraposición respecto a la categoría de los delitos de lesión al bien jurídico tutelado. Ello significa que, a partir del análisis de los diversos criterios se puede determinar que algunas acciones llegan a generar una lesión o daño efectivo, mientras que por otro lado se determina que solo resulta necesario la producción de un peligro, unido a esto hay que

⁴⁰⁰ MENDOZA BUERGO, B. "La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto". *Revista de derecho penal y criminología*, No. 9, 2002, pp. 39-82.

⁴⁰¹ HEFENDEHL, R. "¿Debe ocuparse el derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, No. 4, 2012, pp. 1-13.

agregar que lo que se lesiona en unos y se pone en peligro en otros resulta ser el bien jurídico tutelado.

Por otra parte, cabe destacar el supuesto donde cierto tipo penal requiere, a partir de la propia ejecución de la acción u omisión, la producción de un resultado específico, o sea una consecuencia visible en el mundo exterior, ante lo cual se ponen de manifiesto los delitos de resultado. De igual manera, en los denominados delitos de resultado material, la causalidad representa un elemento no regulado del tipo penal, que a la vez deberá ser comprendido por el dolo del autor. Al respecto, hay que señalar que en determinados casos el resultado solo es de peligro y por lo tanto se genera una distinción entre delitos de lesión y los delitos de peligro. En el caso de los últimos, no constituye un requisito que la acción haya causado un daño sobre cierto objeto que posee protección jurídica, sino que simplemente basta con que el objeto o bien tutelado, haya sido expuesto a determinado peligro de llegar a sufrir la lesión que en la norma jurídica se pretende evitar. A modo general se puede afirmar que los delitos de peligro son aquellos que su consumación se genera una vez que el bien jurídico tutelado ha tenido el riesgo de ser lesionado⁴⁰².

En lo que se refiere a la naturaleza de los delitos de peligro, como elemento relevante surgen aquellos tipos penales establecidos por el legislador donde formalmente no existen diferencias de los delitos de daño o lesión. Es así que, la diferencia principal radica en el resultado producido por cada accionar, puesto que mientras los delitos de daño producen una lesión efectiva en el bien jurídico protegido, en el supuesto de los delitos de peligro sólo fomentan el riesgo de que la lesión pueda generarse. En cuanto a la clasificación de los delitos de peligro, esta depende del tipo de riesgo que corra el bien jurídico. Por lo que los delitos de peligro pueden ser clasificados como delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, a la vez existe una dependencia hacia el número de titulares del bien jurídico que puedan ser afectados, en este último supuesto la clasificación sería: delitos de peligro individual y delitos de peligro común.

⁴⁰² MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Editorial: Centro de Estudios Judiciales. Madrid, 2013.

Para los efectos del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, este podría ser calificado como un delito de peligro abstracto. Algunas de las características presentes consisten en el no requerimiento de una prueba efectiva hacia la existencia de un resultado lesivo, donde dicha situación a la vez resulta ser presumible, a partir de la conducta o accionar del autor, sin que exista la necesidad de su demostración.

4.3. Conducta dolosa

Desde el marco de la doctrina y teoría legales ha sido desarrollado el principio de culpabilidad del cual se ha deducido que un sujeto sólo puede ser penalmente responsable sobre aquellas consecuencias emanadas de un comportamiento determinado que en aras del cumplimiento de la norma legal, podría haber evitado. De esta manera podría afirmarse que la responsabilidad jurídico-penal se encuentra limitada por el poder individual que ostenta cada persona⁴⁰³.

Por otra parte, la delimitación de la responsabilidad acorde al criterio que versa sobre las capacidades individuales puede ser catalogado como imputación subjetiva. Unido a ello, se destacan los parámetros relacionados con las capacidades de la persona, dentro de lo cual puede realizarse la diferenciación adicional entre lo que significa la capacidad de acción y la capacidad de motivación. En el supuesto de la capacidad de acción esta llega a ser identificada con quien se encuentra física e intelectualmente en condiciones de desarrollar un comportamiento tal que le permita alcanzar ciertas metas; en el caso de la capacidad de motivación ésta se vincula con aquel individuo que posee en el ámbito psíquico las condiciones que le permitan decidir según sus preferencias qué acción pueden llevar a cabo y si esta resulta posible⁴⁰⁴.

De igual manera la capacidad de motivación jurídico-penal que sea relevante llega a contemplar la capacidad de poder orientar el comportamiento hacia las normas instauradas por el Derecho y con ello la conformación del usual delito, donde a la vez se ejecuta el marco de culpabilidad. La capacidad de acción jurídico-penal se identifica con

⁴⁰³ MILTON PERALTA, J. "Dolo intención y derecho penal de acto". *Revista de derecho Penal y Criminología*, No. 5, 2012, pp. 40-56.

⁴⁰⁴ FAKHOURI GÓMEZ, Y. "Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad: Un modelo para afrontar la cuestión del error en Derecho penal". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, No. 4, 2014, pp. 1-33.

una especie de comportamiento o conducta en la cual no se ejecute un tipo de delito. Cuando se desarrolla la comprobación del injusto personal se ejecuta un análisis o valoración sobre la efectiva capacidad de acción del autor. En lo que respecta al delito doloso, el injusto recae en el comportamiento que tiene el autor, a pesar de que como ciudadano debería respetar las normas impuestas por el Derecho, y llega a decidir su omisión de manera racional. Ello significa que, el punto de partida tanto para la imputación a título de dolo como de la imputación a título de imprudencia resulta ser la cuestión sobre la que se basa el conocimiento verdadero que posee el autor respecto a una determinada relación de causalidad entre la conducta y el resultado típico⁴⁰⁵.

Ahora bien, en el caso específico del dolo penal este recae fundamentalmente en el conocimiento, aunque este no resulta ser cualquier conocimiento, sino uno muy concreto, es decir el dolo penal se erige como el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal⁴⁰⁶. En el caso del actuar doloso, es requisito que el sujeto tendrá un claro conocimiento sobre en qué consiste su accionar y conocer además aquellos elementos que integran el hecho tipificado, ejemplo el homicidio doloso o el hurto. Dicho conocimiento representa un requisito previo a la voluntad, y no resulta necesario que el sujeto, previo a la realización de la actuación, llegue a realizar una cierta reflexión sobre la futura acción, ya que solo basta que reconozca que en dicha situación concurren aquellos parámetros objetivos que son contemplados en el tipo penal. Por otra parte, no resulta imprescindible que el individuo posea un conocimiento preciso respecto al significado social o jurídico del tipo penal.

Como elemento del dolo se destaca la parte volitiva, a partir de la cual se puede afirmar que para desarrollar una conducta dolosa no resulta ser suficiente con el conocimiento de los hechos típicos, sino que además se requiere el querer ejecutar dicha conducta⁴⁰⁷. Es así como, se identifica con la concurrencia de esa voluntad como la fundamentación del principal desvalor de la acción que acompaña al tipo injusto doloso,

⁴⁰⁵ LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y conocimiento*. Editorial: Tirant lo Blanch. Madrid, 2011.

⁴⁰⁶ PRAMBS, C. "Qué es el dolo penal y qué es el error penal". *Revista de derecho y ciencias penales: Revista de Derecho (USS, Chile)*, No. 10, 2010, pp. 83-102.

⁴⁰⁷ MUÑOZ SABATÉ, L. "Conducta procesal dolosa de ambas partes. Lo que es legal y lo que sería justo". *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 110, No. 3, 2011, pp. 793-811.

si se analiza frente a la acción imprudente, por lo que aquel que actúa con dolo ha tomado una decisión en contra del bien jurídico protegido en la respectiva figura delictiva⁴⁰⁸.

Otro aspecto a destacar respecto al dolo serían sus clases, donde en función de la mayor o menor intensidad con que sean presentados los elementos que integran el tipo penal, pueden ser identificados tres tipos de dolo, estos son: dolo directo o de primer grado; dolo indirecto o de segundo grado; y dolo eventual⁴⁰⁹. En lo que respecta a la sanción penal y su intervalo, esta resulta ser aplicada respecto al tipo injusto de forma semejante a las tres clases de dolo, de tal manera que esta clasificación adquiere relevancia en el momento de establecer los límites o fronteras entre el tipo doloso y el imprudente, razón por la cual se ha llegado a establecer que donde acaba el dolo eventual inicia la imprudencia consciente.

A partir, de las diferentes concepciones planteadas respecto al dolo, se puede afirmar que este es percibido como una decisión del autor del hecho delictivo contra el bien jurídico, o sea, el individuo incluye en sus cálculos la ejecución de un tipo penal, la cual llega a reconocer de manera individual como posible, sin que su tipificación represente un elemento de disuasión en cuanto a la realización de la conducta o plan, por lo que se ha tomado una decisión consciente en contra del bien jurídico tutelado. En el supuesto del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, este tipo penal se caracteriza por ser un delito doloso, en tanto requiere dolo por parte del sujeto activo, en otras palabras, la omisión del autor deberá ser deliberada y maliciosa.

5. El delito de insolvencia alimentaria fraudulenta

Es necesario recalcar que aquellos problemas asociados al tema del “derecho de alimentos”, a manera general, tienen sus inicios con el cobro de las pensiones alimenticias, específicamente en la ubicación de los deudores o alimentantes y en la efectividad que deberán tener las medidas de apremio que contempla la ley. No obstante, en la práctica se erigen algunas acciones o conductas que son frecuentes en el alimentante,

⁴⁰⁸ GIL GIL, A. "Lección 10. El delito como acción típica, II: el tipo subjetivo del delito de acción doloso". En V. Autores, *Curso de derecho penal: parte general*. Editorial: Dykinson. Madrid, 2015, pp. 219-251.

⁴⁰⁹ GIL GIL, A. "Lección 9. El delito como conducta típica, I: el tipo objetivo del delito de acción doloso"... op., cit., pp. 201-217.

y que llegan a ser ejecutas de forma previa, coetánea o posterior al desarrollo de los juicios por alimentos, y tienen como fin ocultar bienes o ciertos ingresos económicos, para así eludir el cumplimiento del deber legal en el pago de la pensión alimenticia e incluso poder disminuir la cuantía implícita en la prestación alimentaria.

Por otro lado, existe la posibilidad real de que este tipo de conducta fraudulenta pueda llegar a ser materializada por los acreedores de la prestación alimenticia, aunque represente una frecuencia menor, este tipo de acción conlleva efectos negativos iguales para el tercero que deberá sostener una carga económica totalmente desproporcionada y que resulta ser difícil en su sostenimiento en el transcurso del tiempo. La situación aquí descrita llega a generar graves y marcados perjuicios, principalmente hacia los hijos menores de edad y las mujeres que quedarán en un evidente desamparo económico, a pesar de haber reclamado sus derechos por la vía judicial respectiva. Asimismo, esta conducta contraria a derecho genera una marcada frustración de las expectativas y el propio sistema es utilizado como un medio para desarrollar situaciones de injusticias.

En el marco de la doctrina jurídica el bien jurídico que se pretende proteger bajo la figura delictiva de la insolvencia fraudulenta ha estado sujeto a dos posturas fundamentales. Un sector doctrinal mayoritario ha respaldado que el bien jurídico protegido ostenta una naturaleza patrimonial y puede ser concretado en el derecho que posee el acreedor a satisfacer su crédito con el patrimonio del deudor en el supuesto de que existe por parte del segundo un incumplimiento de sus obligaciones⁴¹⁰. Conforme a ello el sector minoritario de la doctrina considera que el bien jurídico protegido ante la insolvencia fraudulenta, posee una naturaleza patrimonial y supraindividual, que a su vez está conformada por matices variados acorde al criterio de diferentes autores lo cual influye directamente en el funcionamiento del sistema crediticio, al respecto se ha planteado que:

“(…) la polémica sobre la naturaleza de del bien jurídico en cuestión no llega a desarrollarse en el vacío, puesto que la identificación del mismo está asociada a lo

⁴¹⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M., & BACIGALUPO, S. *Derecho Penal Económico*. Editorial: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, CEURA, 2da edición. Madrid, 2011.

supraindividual unido al patrimonio individual, lo cual tiene repercusiones en la interpretación de diversos elementos típicos”⁴¹¹.

Ahora bien, en lo que respecta a la funcionalidad del sistema crediticio su adecuado desarrollo tiene una relación directa con la protección que le otorgue el Derecho penal económico. Desde el marco de una definición respecto a esta rama jurídica se puede afirmar que este derecho representa el conjunto de normas jurídico-penales que brindan protección al orden económico, esto significa la respectiva regulación jurídica a la producción, distribución y consumo de bienes, así como los servicios⁴¹². Bajo esta amplia concepción se establece el orden económico en un segundo grado como objeto de protección justamente por detrás de los intereses patrimoniales individuales. Por lo que en materia de delitos económicos se puede afirmar que la infracción consiste en una lesión hacia el bien jurídico protegido o la existencia de una situación de peligro a un bien jurídico patrimonial individual. A modo de conclusión parcial en este análisis se puede decir que la insolvencia fraudulenta como figura delictiva constituye un delito de carácter patrimonial que en el supuesto de que sea interpretado en un sentido amplio puede considerarse que llega a tutelar el orden económico, con lo cual puede alcanzar a formar parte de los delitos socioeconómicos.

Una de las razones fundamentales por las que se llega a excluir, en parte, el orden económico como un bien jurídico inmediatamente protegido en los delitos de insolvencia fraudulenta radica en que no se puede identificar un bien jurídico específico, caso contrario del patrimonio individual donde la lesión infringida sobre este o su puesta en peligro resulta identificable al tipo injusto de la infracción correspondiente. La exclusión del orden económico como bien jurídico de inmediata protección no hace que este sea carente de interés, ya que puede ser considerado como un bien jurídico mediato donde a partir de su proyección la conducta delictiva respecto al entendimiento de ese orden económico desde una perspectiva amplia, forma parte del criterio básico que brinda la

⁴¹¹ TIEDEMANN, K. *Lecciones de Derecho Penal Económico*. Editorial: PPU, 2da edición. Barcelona, 2013, p. 128.

⁴¹² BAJO FERNÁNDEZ, M. *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*. Editorial: Civitas. Madrid, 2011.

posibilidad de afirmar que la insolvencia fraudulenta pertenece a la categoría de los delitos económicos en un sentido amplio.

En este ámbito también se erige la figura del deudor, que en el supuesto de incumplimiento de sus obligaciones puede llegar a presentar dos tipos de insolvencia⁴¹³:

- La primera donde el deudor no llega a pagar porque no dispone o no previó la disposición del patrimonio requerido para cubrir el monto adeudado, o porque teniendo el capital carece de la liquidez necesaria para hacer frente a los pagos. Esta situación de insolvencia absoluta o relativa conlleva a un grave panorama ya que implica la existencia de un pasivo superior al activo.
- La segunda circunstancia se identifica cuando el deudor posee una insolvencia motivada porque la iliquidez es temporal.

No obstante, en ambas situaciones aquí mencionadas impera la insolvencia del deudor que no posibilita el mantenimiento de sistema individual en la ejecución que le asiste a cada acreedor. Conforme a esto se puede agregar que el delito de insolvencia fraudulenta, en cuanto a su objeto material, se encuentra conformado por los bienes pertenecientes al patrimonio del deudor, siempre y cuando dichos bienes estén sujetos al cumplimiento de las obligaciones respectivas. Asimismo, la tipicidad de la conducta consiste en causar o agravar la situación de crisis económica o la propia insolvencia. Habría que agregar que en esta figura delictiva no llegan a ser reconocidas modalidades específicas en cuanto a la acción sino exclusivamente en cuanto al resultado material del delito es decir la causación o agravación de la situación de crisis económica o la insolvencia.

Por otro lado, se destaca, en el trayecto para la concreción de una insolvencia fraudulenta, como una de las formas de generar tal resultado el aumento considerable de bienes, esto se manifiesta en la ocultación física o jurídica de dichos bienes para evitar que los acreedores cobren con ellos sus créditos. No obstante, el aumento o alzamiento

⁴¹³ MARTÍNEZ PÉREZ, C. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Editorial: Edersa, 3era edición. Madrid, 2011.

de bienes no resulta ser la única manera de generar una situación de crisis económica o la insolvencia; esto puede ser alcanzado a través de conductas que conlleven a una disminución del capital activo y además por medio de comportamientos que reflejan o suponen un incremento considerable del pasivo. En el caso de la situación donde se evidencia el marcado incremento del pasivo, esta resulta ser la más habitual, aunque se pueden mencionar otros factores que contribuyen directamente en la materialización de la insolvencia como por ejemplo la destrucción de elementos del patrimonio, la venta o pérdida de mercancías y valores que han sido adquiridos a crédito, la existencia de gastos benéficos o suntuarios que no influyen en la satisfacción de las necesidades básicas o racionales, entre otros⁴¹⁴.

Otro aspecto que destacar sería que la insolvencia fraudulenta supone una efectiva producción de un perjuicio patrimonial hacia los acreedores como una consecuencia directa de la insolvencia. Esta percepción respecto al delito de insolvencia tiene una aceptación mayoritaria en la doctrina jurídica. Por otro lado, es necesario destacar que a pesar de que exista una suspensión de pagos, cuya situación supone que el pasivo es mayor que el activo, lo cual a la vez motiva la presencia de la quiebra, todo ello puede tener como base una insolvencia ficticia, y por lo tanto la regulación de procedimientos concursales de los acreedores puede significar una herramienta eficaz que posibilite el cobro del crédito o lo adeudado. Del mismo modo puede darse una suspensión de pagos donde la insolvencia resulte ser provisional. En el supuesto de que la insolvencia sea definitiva y que posicione al deudor en un estado de quiebra, existe la posibilidad de que de manera posterior el deudor tenga la capacidad de realizar entregas posteriores con esa masa activa que integra la quiebra y con ello satisfacer al acreedor o los acreedores. Otra posibilidad por mencionar sería que a través de un procedimiento concursal de acreedores se puede dar la oportunidad de que haya sido establecida la opción de un acuerdo de espera, es decir la fijación de un convenio entre el deudor y los acreedores que contemple un nuevo plazo de cumplimiento íntegro respecto a lo adeudado⁴¹⁵.

⁴¹⁴ GARCÍA CANTIZANO, M. d. *Falsedades Documentales (en el Código Penal de 1995)*. Editorial: Tirant lo Blanch, 2da edición. Valencia, 2010.

⁴¹⁵ CAMPÁ BERTHON, F. J. "La insolvencia punible en relación con el concurso de acreedores". *Actualidad jurídica Aranzadi No. 176*, 2010, pp. 18-31.

Sobre la insolvencia punible también se ha estipulado su naturaleza jurídica, la cual ha sido considerada por algunos como dudosa ya que en esta figura delictiva el deudor debe ser declarado en concurso para que resulte posible perseguir el delito de insolvencia fraudulenta. En la doctrina jurídica un importante sector considera lo anteriormente planteado como una condición objetiva de punibilidad⁴¹⁶ y en el otro extremo están aquellos cuyo criterio refleja con una menor o mayor convicción algunas dudas respecto a la caracterización dogmática de la insolvencia, la cual han llegado a asociar como un presupuesto auténtico de procedibilidad⁴¹⁷.

Esta figura delictiva está reconocida en legislaciones como la española. En la norma penal del país ibérico llegan a contemplarse tipos penales como la insolvencia provisional o meramente transitoria, la cual es operada a través del denominado procedimiento concursal de suspensión de pagos, este a su vez debe ser entendido desde el ámbito típico del injusto penal. En el Código penal español no solo son estipuladas situaciones de insolvencia, sino además crisis económica; por otra parte, en este código se hace una referencia expresa a la quiebra y al concurso de acreedores, la suspensión de pagos, entre todo esto la ley no llega hacer ninguna distinción. A pesar de esto se pueden apreciar elementos del tipo identificativo de las insolvencias punibles que son establecidas en dicho código. Primeramente, se destaca el sujeto activo, en cuanto es ello se puede destacar que, al constituir un delito especial de propia mano, solo puede ser cometido quien ostente la condición de deudor, este individuo además deberá estar sujeto a un procedimiento de ejecución universal de debe estar declarado, sea de quiebra, concurso o suspensión de pagos, Art. 260 Código Penal español. En segundo lugar, se encuentra el sujeto pasivo, este recae en el acreedor o acreedores que se encuentran relacionados a un proceso concursal, causado o agravado, impulsado por una acción defraudadora ejecutada por el sujeto activo del hecho delictivo.

Como otro de los elementos del tipo reconocidos en la legislación penal española se refleja la conducta típica, la cual es asociada como causar o agravar dolosamente la situación de crisis económica o la insolvencia de determinada empresa. Acorde a esto se

⁴¹⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., & BACIGALUPO, S. *Derecho Penal Económico...* op., cit., pp. 401-402.

⁴¹⁷ GÓMEZ PAVÓN, P. "Las insolvencias punibles en el Código Penal actual". *Cuadernos de política criminal*, 2012, pp. 35-58.

reflejan dos conductas que llegan a definir el tipo penal y que son distinguidas en la jurisprudencia española, al respecto se estableció que:

“Causar, cuando la conducta del deudor provoca la situación de crisis o insolvencia empresarial. Agravar, cuando la conducta del sujeto activo no es causa de la situación de crisis o insolvencia, pues, ésta ya preexistía, pero la agrava, es decir, provoca un perjuicio injustificado en la masa de acreedores”⁴¹⁸.

En este criterio expresado por el órgano supremo de justicia español se puede apreciar el doble ámbito de la acción penal, por un lado, en el Art. 260 del Código penal se contempla la quiebra fraudulenta relacionada al endoso de créditos que cierta sociedad poseía contra sus deudores a otra empresa, sin que dichos endosos contemplaran una real correspondencia con operaciones certeras entre ambas sociedades. A modo general se podría afirmar que la quiebra fraudulenta establecida en la norma penal española está calificada como un tipo de insolvencia punible.

En la doctrina penal española se refleja cierta polémica respecto a este tipo penal, específicamente respecto a si puede ser considerado un delito de mera actividad o de resultado, ya que se llega a exigir un perjuicio efectivo para la figura del sujeto pasivo en el hecho delictivo. Algunos autores han considerado que la insolvencia fraudulenta representa un delito de resultado corto, puesto que en relación con este se llega a exigir un resultado inmediato, ejemplo de ello es la causación o agravación de la insolvencia, condición que no requiere de la materialización de un perjuicio efectivo sobre los acreedores, como una consecuencia del hecho delictivo. Sobre este tema fue planteado lo siguiente: “(...) que la acción delictiva propiamente dicha, es la ejecución de las operaciones que llevan a esa insolvencia y no la insolvencia misma”⁴¹⁹. Por otro lado, se ha expuesto como criterio la no necesidad de exigir un perjuicio concreto para la integración típica del delito, puesto que basta con la simple agravación o causación de la situación de insolvencia acorde a la descripción encerrada en el hecho tipificado⁴²⁰.

⁴¹⁸ Sala Segunda de lo Civil y Administrativo, Sentencia del Tribunal Supremo (12 de febrero de 1997).

⁴¹⁹ MAZA MARTÍN, J. M. "Las insolvencias punibles". *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2011, pp. 271-286.

⁴²⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M. *Derecho Penal Económico*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2010.

Hasta aquí se puede afirmar que resulta necesario la existencia de una relación causal entre la conducta del imputado y la insolvencia o su agravación, en dicho nexo no existirá la necesidad de que sean planteados perjuicios hipotéticos como consecuencia de la insolvencia que se ha producido. En el supuesto de la culpabilidad se destaca la necesaria comisión dolosa de esta figura delictiva, donde resulta indispensable la propia exigencia del tipo injusto, es decir que la situación de insolvencia sea agravada o causada por el deudor. Sobre este tema cabe destacar que en dicha figura delictiva no tiene cabida la punición imprudente, esto significa que si la insolvencia es consecuencia de un accionar meramente negligente no llega a materializarse la respectiva sanción penal. Cabe agregar que en el supuesto de que exista una violación de la norma, específicamente aquellos preceptos legales que abarcan cuestiones como la prudencia y la diligencia empresarial, donde se llegaría a manifestar un dolo eventual. En la norma española no se reconoce de manera específica la insolvencia alimentaria fraudulenta, como parte de las insolvencias punibles establecidas en el Capítulo VII BIS del Código Penal español.

5.1. El delito de abandono de la familia

5.1.1. Generalidad del delito

La figura típica delictiva calificada como abandono de familia ha tenido su mayor desarrollo en tiempos recientes, lo cual resulta ser algo contradictorio ya que el objeto de protección jurídico-penal, es decir, la familia, ha existido en todos los tiempos. Conforme a esto es necesario analizar por qué ha sido aceptada esta figura delictiva en las legislaciones penales, ya sea con una mayor o menor amplitud. La propia idea de dotar a la familia de una tutela por parte del Derecho penal, en principio acarrea criterios de que puede llegar a vulnerar el orden y equilibrio de las relaciones familiares⁴²¹.

Como parte del estudio que comprende el Derecho privado, y con un tratamiento específico, se ha considerado como un criterio generalizado la regulación respecto a los derechos y deberes que predominan en el seno de toda familia. La efectividad de estos derechos y deberes obedecen su efectividad a que los mismos pueden ser exigidos

⁴²¹ BERNAL, C., & LA ROTA, M. E. *El delito de inasistencia alimentaria- Diagnóstico acerca de su convivencia*. Editorial: De Justicia. Nueva York, 2012.

conforme a los principios elementales que la legislación civil llega a establecer. Respecto a ello se ha manifestado que el Estado no debería establecer como un delito la violación de estos derechos ya que generaría un mayor daño y no contribuiría a arreglar el problema⁴²². Aunque puede tener algo de sentido esta oposición a la intervención del Estado y por tanto contra la figura delictiva del abandono de familia, resulta necesario recapacitar sobre ello, ya que lo que se pretende es implementar una mayor cautela con el tratamiento penal de este hecho que puede ser calificado como delicado.

Debido a la naturaleza peculiar y especial que tienen las relaciones emanadas del núcleo familiar, el Derecho privado es el principal exponente en lo que respecta al establecimiento de todo un sistema de normas jurídicas por las que deberá regirse dichas relaciones, pero esto no debe imposibilitar que en aquellas situaciones de mayor gravedad donde se ponga en un peligro inminente la vida o salud de algún miembro de la familia, la persona responsable pueda ser sometido a una sanción penal. La prevalencia de orden adecuado que debe regir en la familia representa una exigencia para aquellas personas llamadas a su cumplimiento, es decir deberán ser acatadas las obligaciones que se derivan de dicho estado de orden. Este orden familiar incide directamente no solo en los intereses privados de las personas que forman parte del núcleo familiar, sino que, además contribuye al establecimiento de un bienestar general, por lo que el poder público no puede ser indiferente ante la afectación de la célula de la sociedad.

Resulta ser un hecho los derechos que poseen los padres, como algo natural, respecto a la dirección de la familia, y la respectiva educación de sus hijos, pero también es evidente que producto de la trascendencia e importancia que la familia como institución tiene para el mantenimiento del orden en la sociedad, el ejercicio de dichos derechos no debe estar sujeto exclusivamente a la vigilancia y criterio de los padres. Como antecedentes al desarrollo de un interés doctrinal en relación al delito de abandono de familia, y antes del surgimiento de la ley francesa de 1924, donde se tipificó dicho delito, se llega a evidenciar en el derecho comparado la contemplación de figuras sobre el desamparo familiar, las cuales llegan a ser definidas y sancionadas, algunas de estas

⁴²² BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A., & GARCÍA CANTIZANO, M. C. *Manual de Derecho Penal*. Editorial: 2da edición, San Marcos. Lima, 2012.

normas fueron: el Código penal brasileño de 1890⁴²³; el Código penal noruego del año 1905⁴²⁴; Código penal canadiense de 1906⁴²⁵, Código penal belga de 1867⁴²⁶; Código penal holandés de 1881⁴²⁷; entre otros.

Estas normas legales aquí expuestas, además de constituir un antecedente, no reflejan el establecimiento de un verdadero sistema de protección para los distintos derechos derivados de las relaciones familiares, ya que la normativa está concebida con una base conceptual restringida, donde la ley se enfoca en establecer una garantía en el cumplimiento de las obligaciones de tipo económico y fijó límites para sancionar penalmente ciertas conductas que encerraban la desatención de responsabilidades familiares, cuya omisión podía llegar a provocar una afectación de la salud e incluso la muerte. Estas afectaciones fueron enfocadas en la figura del cónyuge y de los hijos, así lo estableció el Código penal canadiense.

En la primera década del Siglo XX, en Francia fue desarrollada una importante reunión, en el año 1913 se celebró la Reunión General de la *Société Générale des Prisons*, en cuyo marco se plantearon diversos temas como el abandono de la familia y la posibilidad de ser tomado en cuenta dicho hecho como un delito. En dicha reunión y los debates desarrollados en la misma, arrojaron diversas propuestas como la conformación de un texto que a criterios de algunos historiadores fue moderado y con bastante precisión donde se recogiese la figura del abandono de la familia como un hecho delictivo. Este texto llegó a ser aprobado, y en él se ponen de manifiesto dos directrices: la primera de ellas establece una amplia concepción del delito de abandono de familia, ya que se propone una sanción al esposo que sin motivo alguno abandone a su familia, lo cual incluye el cónyuge y los hijos; y la segunda directriz englobó una concepción restringida ya que solo es considerado como delito este hecho cuando se materializa un

⁴²³ Ver en referencias bibliográficas Decreto No. 847 de 11 de octubre de 1890/ *Código Penal de la República de Brasil*.

⁴²⁴ Ver en referencias bibliográficas Ley No. 10 de 20 de mayo de 1902/ *Código Penal Civil General*.

⁴²⁵ Ver en referencias bibliográficas *Código Penal canadiense* de 1906.

⁴²⁶ Ver en referencias bibliográficas *Código penal belga de 1867*, Art. 360 bis., modificado por la Ley de 15 de mayo de 1912.

⁴²⁷ Ver en referencias bibliográficas *Código penal holandés* de 1881.

abandono económico o material⁴²⁸. Esta protección restringida del delito de abandono familiar fue reflejada en la ley francesa de 1924.

Estas contemplaciones en el derecho comparado, y específicamente impulsado por el ideario francés que imperó en la época, fue reconocida por la comunidad internacional por medio de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924. Todas estas reformas contribuyeron a que se forjara un verdadero criterio respecto a la protección familiar, donde se llegó a establecer de la concepción de familia como un organismo de carácter social, moral y jurídico, que necesita una mayor tutela por parte del Estado. A raíz de esta concepción surgieron corrientes doctrinales y jurídicas donde se defendió la activa participación del poder público en la defensa de los derechos que llegaran a ser afectados dentro del núcleo familiar.

Conforme a ello se destaca la doctrina jurídica italiana en la defensa de la necesidad de establecer una tutela de la vida familiar más completa. Es así, que, en el año 1926, se planteó por parte de tratadistas italianos la creación de figuras delictivas que garantizaran una asistencia moral y jurídica a la familia y no sólo económica, al respecto se llegó a plantear que:

“La preeminente función que ejerce la familia en la vida del Estado hace que ésta merezca la atención y la protección más absoluta por parte del legislador, e indudablemente la sanción penal constituye, con preferencia a cualquier otra sanción, el medio más idóneo para el cumplimiento de aquel fin”⁴²⁹.

En este sentido surgen criterios de penalistas italianos en los que se llegó a considerar que:

“La familia es, no solamente un organismo natural, sino también un organismo político, jurídico y primordialmente ético. Ella será el núcleo constitutivo del

⁴²⁸ FERRER SAMA, A. “El Delito de Abandono de Familia”. *Discurso leído en la apertura del curso 1946-1947*. Murcia.

⁴²⁹ DE MAURO. “IL delitto di Abbandono della famiglia”. *Rivista Penale*, agosto 2013, p. 14.

Estado al cual aporta todo el conjunto de actividad, buena o mala, útil o dañosa, que en su seno se desenvuelve”⁴³⁰.

Estos criterios fueron tomados en cuenta por el legislador italiano en la promulgación del Código de 1930, donde se evidenció todo un sistema de protección penal hacia la familia, que sirvió de base para las legislaciones futuras. Hasta aquí pueden ser apreciadas algunas de las generalidades que impulsaron el desarrollo y reconocimiento del abandono de la familia como una figura delictiva, que abarca cuestiones morales, jurídicas y económicos, lo cual se encuentra reflejado en la normativa penal ecuatoriana, establecido bajo la figura delictiva de abandono de persona⁴³¹.

5.1.2. Tipicidad de la conducta del moroso como delito de abandono

Los perfiles esenciales de la figura delictiva del abandono de familia adoptados en el derecho comparado resultan ser semejantes a los establecidos en la norma penal ecuatoriana. Una lectura del Art. 153 del Código Orgánico Integral Penal, no obedece a un catálogo cerrado, en principio, de las causas que originan la conducta típica de esta figura delictiva. No se pone de manifiesto en la regulación de este delito la infracción de deberes inherentes a ciertas relaciones familiares, y esta debiera estar motivada por el abandono malicioso del domicilio de algún familiar o el desarrollo de acciones desordenadas y el incumplimiento de obligaciones en otro tipo de circunstancias.

En este precepto legal son eliminados los deberes relativos al matrimonio como una fuente de aquellas obligaciones asistenciales instauradas bajo la modalidad de este delito en caso de incumplimiento. Estos deberes matrimoniales reconocidos como parte del delito de abandono de familia, fue una posición altamente criticada en la doctrina penal, ya que propició el arraigo de una postura moralista en la práctica jurisprudencial en el marco de acción del derecho punible⁴³². La postura establecida en la norma penal ecuatoriana respecto a esta figura delictiva que es denominada como abandono de

⁴³⁰ RICCIARDELLI. “Violazione degli obblighi di assistenza familiare del nuovo Codice penale”. *Rivista Penale*, julio 2012, p. 290.

⁴³¹ Ver en referencias bibliográficas Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014/ *Código Orgánico Integral Penal- COIP*.

⁴³² BELLO LANDROVE, F. *La familia y el Código penal español*. Editorial: Montecorvo. Madrid, 1977, pp. 393-394. Este autor consideraba que los parámetros morales dotaban de un contenido al término confuso de “vida desordenada”.

persona, se caracteriza por reorientar su posible interpretación y aplicación acorde a los valores sociales que imperan en la actualidad.

Respecto al objeto de tutela que encierra esta figura se destaca la seguridad personal de aquellas personas titulares de derechos, estos derivados de las propias relaciones que son establecidas en el núcleo familiar y a su vez la institución de la familia resulta ser el bien jurídico protegido. A pesar, de esta postura, algunos tratadistas españoles han considerado que el delito de abandono de familia está destinado a proteger como bien jurídico de forma concreta derechos y deberes familiares⁴³³.

En tal sentido se puede afirmar que con el establecimiento del hecho que acarrea abandono de familia, como un delito, el principal fin del Derecho penal en este caso es brindar protección a una situación o realidad social valiosa como son los derechos y deberes vinculados a una persona en su seno familiar. Es así, que se pretende preservar derechos y deberes, por medio de esta tipificación del incumplimiento de las obligaciones asistenciales. Lo que realmente es decisivo para el Derecho penal es el contenido de los derechos a garantizar, donde se destaca la asistencia o amparo material que requieren ciertas personas pertenecientes a un núcleo familiar.

Ahora bien, la propuesta en la doctrina penal donde se defiende a la familia como uno de los bienes tutelados en esta figura delictiva, puede resultar algo paradójico, ya que algunos tratadistas son del criterio que se puede poner en duda la aptitud de la vía represiva para poder mantener la unión en una institución, como lo es la familia, que fue fundada por afecto y solidaridad. Se discute también que esta intervención punitiva para asegurar el cumplimiento de deberes básicos y asistenciales puede contribuir aún más al deterioro de los vínculos familiares, que no van a ser subsanados con la aplicación de una sanción penal. La intervención del Derecho penal tiene lugar cuando ya existe una disgregación en la familia y su finalidad no es reconciliar, sino lo que persigue es frenar o evitar el posible desamparo económico o material de los integrantes de la familia, en

⁴³³ Así, con diversos matices, LÓPEZ GARRIDO-GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, 1996, pp. 124-126; CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal*, PE, p. 304; RODRÍGUEZ RAMOS, PE II, p. 75; SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Comentarios al Código Penal*, Cívitas, 1997, p. 664; GONZÁLEZ CUÉLLAR-JAÉN VALLEJO, CP Com., cit., p. 2458; CERES MONTES, cit., p. 17.

este caso los miembros más débiles, dígame ancianos, mujeres embarazadas, niños y personas con discapacidad.

En estas situaciones, la morosidad, en el cumplimiento de obligaciones dirigidas a miembros de la familia que son débiles, puede contribuir a generar una situación de peligro para la vida y la integridad física, factor que deberá ser tomado en cuenta en el momento de aplicar o sancionar por esta figura delictiva. Asimismo, queda claro una exclusiva finalidad garantista e individual de este tipo de preceptos legales, donde el reagrupamiento familiar no tiene cabida. De esta manera el establecimiento de la figura delictiva del abandono de familia llega a apuntar a la seguridad como objeto de tutela.

A partir de esta perspectiva el bien jurídico llega a ser conceptualizado como una expectativa legítima en el cumplimiento de determinados deberes de asistencia, que surgen de una relación familiar, cuya alteración puede repercutir en la tranquilidad de la persona titular de derechos que son correlativos⁴³⁴. Sobre este tema del bien jurídico tutelado también se ha desarrollado la perspectiva de que se refiere a un estado de protección especial garantizado por el Derecho penal sobre determinados individuos que presentan características o circunstancias que los hacen especiales o vulnerables.

Por otro lado, esa función garantista de los deberes asistenciales ha brindado la posibilidad de vislumbrar el peligro que existe para aquellos bienes que son básicos de la personalidad y que pueden ser afectados por el incumplimiento de ciertas obligaciones. Este peligro tiene una vulnerabilidad especial en los beneficiarios de las prestaciones, derivadas a su vez de sus condiciones personales o circunstancias que conllevan a una situación de necesidad. A modo de conclusión la figura delictiva de abandono de familia tiende a proteger la integridad personal (material y en si caso moral) de determinadas personas que, en virtud de ciertos vínculos jurídicos, surgidos en una relación familiar, llegan a entablar una dependencia hacia otros, estos últimos el ordenamiento jurídico les atribuye una obligación específica de asistencia.

A partir de la consideración de que no se llega a castigar el impago de las pensiones, sino la propia expresión de la voluntad, de aquella persona que, teniendo los

⁴³⁴ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO. “Consideración jurídico-penal del, así llamado, abandono de familia”. *Revista CPC No. 31*, julio 2011, pp. 94-95.

recursos o el patrimonio, no quiere cumplir con su obligación, al no estar tipificado como delito debería considerarse la garantía constitucional de que nadie puede ser juzgado por un hecho que no se encuentre tipificado en la ley penal o estipulado como una contravención, según sea el caso. La tipificación del abandono de familia como un delito representa una amenaza para la persona que, poseyendo un patrimonio o determinadas fuentes de pago, no desee cumplir con sus obligaciones, o sea que la persona solvente estaría en la posición de pagar o someterse a medidas de apremio reales. En este sentido, también existe la amenaza al deudor de tener que someterse a un proceso penal, por el simple hecho de no querer pagar teniendo los medios económicos para hacerlo.

CONCLUSIONES

La presente investigación pretende dejar en la discusión del foro jurídico y académico la búsqueda de una solución que permita no afectar los intereses de los menores de edad, ni los de los alimentantes, toda vez que aún con la sentencia interpretativa, no se ha logrado los fines para ponderar los mismos.

Si se considera que aún con la vigencia del apremio personal, no se ha dado solución al grave problema de incumplimiento de pago de pensiones alimenticias, dado que las medidas sustitutivas a la prisión, tanto en el campo penal como en el presente caso, de prisión por deudas, no constituyen solución para los menores, quienes dependen vitalmente del pago de dichas pensiones vivir, podemos entonces imaginar que solución tendría por ejemplo, el arresto domiciliario o, la presentación ante una autoridad o, la prisión parcial, si los obligados no logran obtener fuentes de trabajo y la consecuente obtención de recursos económicos para pagar.

Por lo que mis conclusiones son las siguientes:

PRIMERA. - El sistema procesal actual, aún con el mantenimiento del apremio personal, no ha logrado disminuir la morosidad en el pago de este tipo de obligaciones.

SEGUNDA. - La antinomia presentada debe ser materia de reforma constitucional o, debe ser regulada por la legislación secundaria, para lo cual la Asamblea Nacional deberá dictar las normas pertinentes para su regulación.

TERCERA. - Debería tipificarse la conducta de incumplimiento de obligaciones de familia como delito de abandono de familia, con la correspondiente reforma al Código Integral Penal.

CUARTA. - Se debe considerar por parte del foro jurídico la utilización de medios alternativos al apremio personal.

QUINTA. - La solución al problema presentado no depende exclusivamente de la falta de legislación, sino que obedece una realidad innegable que es la falta fuentes de trabajo que permita a los alimentantes cumplir con sus obligaciones, pues muchas personas prefieren la prisión al hecho de enfrentarse a la imposibilidad de generar recursos.

SEXTA. - La falta de educación redundante en la falta de cumplimiento de sus deberes parentales, lo que raya en la paternidad irresponsable, principio contrario al garantizado por la Constitución de la República.

OCTAVA. – Debe contar el país con un Centro de Información que permita a todos los usuarios conocer la situación patrimonial de las personas para que se facilite el ejercer medidas de apremio reales, en lugar de las personales.

NOVENA. – Tomar la decisión política del Estado en asumir en su totalidad el cuidado de los menores, cuyos padres no cuenten con los medios necesarios para su manutención.

BIBLIOGRAFÍA

I. DOCTRINA

Alonso Álamo, M. (2014). La justificación de la pena a partir del modelo de Estado. En V. Autores, *Repensando el ius puniendi*: (págs. 23-36). Salamanca: 2da edición, Ediciones de la Universidad de Salamanca.

Ambos, K. (2011). *Principios e imputación en el derecho penal internacional*. Madrid: 2da edición, Atelier.

Andrés Ibáñez, P. (2015). Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. En M. Carbonel, & P. (. Salazar, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (págs. 60-71). Madrid: 2da edición, Trotta.

Anitua, G. I. (2014). Contradicciones y dificultades de las teorías del castigo en el pensamiento de la ilustración. En V. Autores, *Mitologías y Discursos sobre el castigo: historias del presente y posibles escenarios* (págs. 13-31). Barcelona: 2da edición, Anthropos.

Aniyar de Castro, L. (2014). *Criminología de la reacción social*. Maracaibo: 3era edición, Universidad del Zulia.

Ávila Santamaría, R. (octubre-noviembre 2016). ¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal? *Revista de Derecho No. 8*, 49-70.

Ayala Mora, E. (2008). *Historia del Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.

Azeti, E. (2014). *Desarrollo y crecimiento: psicología evolutiva de 0 a 10 años*. Santiago de Chile: 2da edición, Paulinas.

Baigún, D. (2011). *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar a través de la teoría del delito*. Buenos Aires: Depalma, 3era edición.

Bajo Fernández, M. (2010). *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Bajo Fernández, M. (2011). *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas.

Bajo Fernández, M., & Bacigalupo, S. (2011). *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, CEURA, 2da edición .

Bañuelos Sánchez, F. (2011). *El derecho de alimentos y tesis jurisprudenciales*. México DF: 13ra edición, Litografía Regina de los Ángeles, S.A.

Barbero Santos, M. (2016). "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto". En V. Autores, *Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 69* (págs. 487-498). Madrid: Ministerio de Justicia.

Barquín Sanz, J. (marzo 2012). "Sistema de sanciones y legalidad penal". *Revista del poder judicial, No. 58*, 171-212.

Bayefsky, A. F. (2012). *The UN Human Rights Treaty System: Universality at the Crossroads*. Toronto: Kluwer Law International.

Beccaria, C. (2015). *De los delitos y de las penas*. Madrid: (Introducción, notas y traducción por F. Tomás Valiente) Dykinson, 3era edición .

Bello Landrove, F. (1977). *La familia y el Código penal español*. Madrid: Montecorvo.

Beltrán de Heredia y Onís, P. (2011). *La obligación legal de alimentos entre parientes*. Salamanca: décimo tercera edición, Universidad de Salamanca.

Benítez, M. (2012). *Incumplimiento por el pago de pensiones*. México D.F: Centro de Ciencias Sociales de Mazatlan.

Bernal, C., & La Rota, M. E. (2012). *El delito de inasistencia alimentaria-Diagnóstico acerca de su convivencia*. Nueva York: De Justicia.

Blasco Gascó, F. d. (2011). *Instituciones de Derecho Civil. Doctrina General de las Obligaciones*. Madrid: Tirant lo Blanch.

Bobbio, N. (2010). *La era de los derechos: el tercero ausente*. Madrid: 3era edición, Ediciones Cátedra.

Bobbio, N. (2013). *Igualdad y libertad*. Buenos Aires: 3era edición, Paidós.

Borda, G. A. (2016). *Tratado de de Derecho Civil - Obligaciones, Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 14ta edición .

Borja Cevallos, R. (2012). *Enciclopedia de la Política, Tomo I*. México D.F: Fondo de Cultura Económica.

Bouvier, H. G. (2015). "Obligación jurídica". En V. Autores, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (págs. 1123-1145). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Bramont-Arias Torres, L. A., & García Cantizano, M. d. (2012). *Manual de Derecho Penal*. Lima: 2da edición, San Marcos.

Brenes Córdoba, A. (2012). *Tratado de las Obligaciones*. San José: Ediciones Juricentro, décimo séptima edición.

Bucio Estrada, R. (2016). *Derecho Procesal Civil*. México, D.F: 3era edición, Porrúa.

Buompadre, J. E. (2015). *Insolvencia fraudulenta: patrimonial, tributaria, alimentaria*. Buenos Aires: Astrea, 2da edición.

Bustos Ramírez, J., & Hormazábal Malarée, H. (2015). *Lecciones de Derecho Penal: parte general*. Madrid: 2da edición, Trotta.

Cabanellas De Torres, G. (2014). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo I A-B*. Buenos Aires: décimo cuarta edición, Heliasta.

Cabrera Vélez, J. P. (2010). *Interés Superior del Niño*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.

Caimmi, L. A., & Desimone, G. P. (2011). *Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*. Buenos Aires: Depalma, 3era edición.

Campá Berthon, F. J. (2010). "La insolvencia punible en relación con el concurso de acreedores". *Actualidad jurídica Aranzadi No. 176*, 18-31.

Carbonell, M. (2014). *Elementos de Derecho Constitucional*. México D.F: 2da edición, Fontamara.

Carrasco Solís, J. (2011). "Estudio Comparativo: el impacto de las reformas procesales en la prisión preventiva en México". En V. Autores, *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas, Volumen 2* (págs. 171-226). Santiago de Chile : CEJA-JSCA.

Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana (CESC). (2011). *Debates Penitenciarios*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento - CIPPEC. (2010). *"El costo social de la prisión preventiva en Argentina"*. Buenos Aires: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Cerezo Mir, J. (2012). "Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo". *Revista de derecho penal y criminología, No. 10*, 47-72.

Cevallos Álvarez, P. (2015). *Manual de Teoría y Práctica del Derecho Procesal Civil Ecuatoriano: Derecho de Alimentos, Derecho de Filiación, Paternidad y Procedimiento Verbal y Sumario y Código Orgánico de La Niñez y Adolescencia (Reformado)*. Quito: 3ra edición, Abya Yala.

Clemmer, P. (2011). *The Prison Community*. Boston: Cristopher Publishing Co.

Cobacho Gómez, J. A. (2014). *La deuda alimenticia*. Madrid: 2da edición, Montecorvo.

Cuello Contreras, J. (2013). "El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-25.

De Cossio, A. (2013). *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Alianza Editorial, décima edición.

De Ibarrola, A. (2012). *Derecho de familia*. México DF: décima edición, Porrúa.

De Mauro. (agosto 2013). "IL delitto di Abbandono della famiglia". *Rivista Penale*, 10-28.

Del Arco Torres, M. Á., & Pons González, M. (2016). *Diccionario de Derecho Civil*. Granada: 6ta edición, Comares.

Delgadillo Gutierrez, L. H. (2011). *Compendio de Derecho Administrativo*. Ciudad de México: Porrúa, 2da edición.

Díez Ripollés, J. L. (2013). *La racionalidad de las leyes penales*. Buenos Aires: 2da edición, Celeste Ediciones.

Díez, C. E., Quesada, M. L., Baruque, J. V., Jiménez, M. G., Fernández, E. M., Martín, A. P., . . . Llopis, M. R. (2014). *Alfonso X: aportaciones de un rey castellano a la construcción de Europa*. Murcia: 11na edición, Consejería de Cultura y Educación.

Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil. Vol. II*. Madrid: Tecnos.

Dopffel, P. (2010). Child Support in Europe: A Comparative Overview, Ed. Sheila Kamerman y Alfred Kahn. En V. Autores, *Child Support. From Debt Collection to Social Policy* (págs. 176-223). Londres: décima edición, Sage Publications.

Duce, M., Fuentes, C., & Riego, C. (2013). "La Reforma Procesal Penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva". En V. Autores, *Prisión preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina* (págs. 10-60). Santiago de Chile: CEJA.

Echeverri, J. (2010). La prisionalización, sus efectos psicológicos y su evaluación. *Revista Pensando en Psicología*, 57-63.

Echeverría, O. (2013). *Debido Proceso y principios procesales*. Bogotá: 2da edición, La Ley.

Elliot, R., Airs, J., Easton, C., & Lewis, R. (2010). *Electronically monitored curfew for 10-to 15 year olds- report of the pilot*. Londres: Home Office Occasional Paper.

Escobar Rozas, F. (1999). "Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico". *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho No. 52*, 285-308.

Espín Cánovas, D. (2006). "El Código Civil argentino de don Dalmacio Vélez Sarsfield". En V. Autores, *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola, Vol. 2* (págs. 3207-3218). Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Fakhouri Gómez, Y. (2014). "Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad: Un modelo para afrontar la cuestión del error en Derecho penal". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho, No. 4*, 1-33.

Fallas Redonde, D. (2011). *El debido proceso*. Madrid: 2da edición, Dykinson, S.L.

Faúndez Ledesma, H. (2014). *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales. 3era Edición*. San José, Costa Rica: 2da edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).

Fernández Cruz, G. (2014). "La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto". *Revista de Derecho THEMIS*, 41-56.

Fernández Rodríguez, M. D. (septiembre - diciembre, 2014). "Los límites del ius puniendi". *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, t. XLVII, 81-102.

Ferrajoli, L. (2015). *Notas Críticas y Autocríticas en Torno a la Discusión sobre Derecho y Razón*. Bogotá: 3era edición, Temis.

Ferrajoli, L. (diciembre 2016). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. *Indret*, 16-31.

Ferrer Sama, A. (s.f.). El Delito de Abandono de Familia. *Discurso leído en la apertura del curso 1946-1947*. Murcia.

Figueroa, R. (agosto de 2015). Igualdad y Discriminación. *Revista de Derecho Constitucional No. 22*. 3-44.

Fontán Balestra, C. (2014). *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 3era edición.

Foucault, M. (2012). *Vigilar y Castigar*. México D.F: 3era edición, Bosch.

Gallo, R. (2013). *Grecia y Roma: Algunas cuestiones sobre el derecho, civil, mercantil y penal a través de la historia y la literatura*. Buenos Aires: Dunken.

García Cantizano, M. d. (2010). *Falsedades Documentales (en el Código Penal de 1995)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2da edición.

García Sedano, T. (2016). "Mediación, derecho penal y tutela judicial efectiva". *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, No. 119, 31-55.

García Solás, R. (2017). *Doctrina y Jurisprudencia Procesal Civil y Comercial*. Rosario: 2da edición, Juris.

García, A. (septiembre-octubre 2011). Temas procesales. *Revista del Centro de Estudios del Derecho*, 54-60.

Garcilaso de la Vega, C. A. (2011). *Comentarios reales de los incas, Tomo I*. México D.F: 4ta edición, Fondo de Cultura Económica.

Gil Gil, A. (2015). "Lección 10. El delito como acción típica, II: el tipo subjetivo del delito de acción doloso". En V. Autores, *Curso de derecho penal: parte general* (págs. 219-251). Madrid: Dykinson.

Gil Gil, A. (2015). "Lección 9. El delito como conducta típica, I: el tipo objetivo del delito de acción doloso". En V. Autores, *Curso de derecho penal: parte general* (págs. 201-217). Madrid: Dykinson.

Goffman, E. (2013). *Internados*. Buenos Aires: 2da edición, Amotortu Editores.

Gómez Bermúdez, M., & Coco Gutiérrez, S. (2013). "Justicia restaurativa: mediación en el ámbito penal". *Revista de mediación, No. 11*, 14-19.

Gómez Pavón, P. (2012). "Las insolvencias punibles en el Código Penal actual". *Cuadernos de política criminal*, 35-58.

Gómez, E. (2010). *Leyes Penales Anotadas, Tomo II*. Buenos Aires: Depalma, 3era edición.

González Quintanilla, J. A. (2013). *Derecho penal mexicano*. México D.F: 2da edición, Porrúa.

González, D. (2011). *Consecuencias de la prisionización*. Caracas: 2da edición, Universidad de los Andes.

Guimerà i Galiana, A. (2015). "La mediación-reparación en el Derecho Penal de adultos". *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC, No. 3*, 1-22.

Güitrón Fuentevilla, J. (2012). *Código Familiar para el Estado de Hidalgo*. México D.F: 5ta edición, Litográfica Alcemo.

Gunter, J. (2014). *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Contreras de Murillo*. Madrid: 2da edición, Universidad de Extremadura, Marcial Pons.

Haydith, D. (agosto 2012). "Etiquetas, prejuicios y estigmas: la condena social". *Revista Revuelta*, 13-18.

Hefendehl, R. (2012). "¿Debe ocuparse el derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, No. 4, 1-13.

Hitters, J. C. (2012). *El juicio oral en materia civil y mercantil*. Buenos Aires: 2da edición, Heliasta.

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Sociales y Penales- INECIP. (2010). *Sistemas Judiciales*. Santiago de Chile: INECIP.

Isern, M. (2017). "¿En qué medida es posible la mediación en el ámbito penal?". *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, No. 12, 71-97.

Islas de González Mariscal, O. (2012). "Responsabilidad penal por omisión. Bases doctrinarias". *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, No. 10, 169-179.

Jakobs, G. (2000). "Sobre la génesis de la obligación jurídica". *Revista DOXA*, No. 23, 323-348.

Jiménez de Asúa, L. (2013). *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*. Buenos Aires: décimo quinta edición, Losada.

Kelsen, H. (2013). *La teoría pura del Derecho, 4ta Edición*. Buenos Aires: 4ta edición, Eudeba.

Kirchheimer, O. (2013). *Pena y Estructura Social*. Bogotá: 5ta edición, Temis.

Lacruz Berdejo, J. L., & Sancho Rebullida, F. d. (2013). *Elementos de Derecho Civil- IV; Derecho de Familia*. Barcelona: 11na edición, Bosch.

Lascano, C. J. (2010). *La Ley 13.944 y el estado actual de la jurisprudencia: el delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar*. Madrid: Lerner y Lerner, 4ta edición .

Laurenzo Copello, P. (2011). *Dolo y conocimiento*. Madrid: Tirant lo Blanch.

López, A. (2014). *El delito de impago de pensiones alimenticias* . Barcelona: Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativo de Justicia.

Luzón Peña, D. M. (2016). *Curso de derecho penal. Parte general I. El "ius puniendi" (la potestad punitiva)*. Madrid: 2da edición, Universitas.

Madrugá Torremocha, I. (2016). *Monoparentalidad y política familiar. Dilemas en torno a la madre trabajadora/madre cuidadora*. Madrid: 2da edición, CIS.

Marín, T. (2015). *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*. Valencia: 3era edición, Tirant lo Blanch.

Martín Minguijón, A. (2013). *Digesto: una auténtica obra legislativa*. Madrid: Dykinson, S.L.

Martínez Pérez, C. (2011). *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Edersa, 3era edición.

Martínez Rodríguez, N. (2017). *La obligación de alimentos entre parientes*. Madrid: 4ta edición, La Ley.

Marzón Díaz, F. (2012). *Comentarios al Debido Proceso*. Bogotá: 4ta edición, Temis.

Mauro, D. (1926). IL delitto di Abbandono della famiglia. *Rivista Penale*, 11-20.

Maza Martín, J. M. (2011). "Las insolvencias punibles". *Cuadernos de Derecho Judicial*, 271-286.

Medina Cuenca, A. (marzo-abril 2014). "Los principios limitativos del ius puniendi y las alternativas a las penas privativas de libertad". *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 19, 87-116.

Medina Pabón, J. E. (2014). *Derecho Civil- Derecho de Familia*. Bogotá: 2da edición, Universidad del Rosario.

Méndez Rodríguez, C. (2013). *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Centro de Estudios Judiciales.

Mendoza Buergo, B. (2002). "La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto". *Revista de derecho penal y criminología*, No. 9, 39-82.

Mielgo, M. T. (julio/agosto de 2013). "La mediación y otras fórmulas de resolución de conflictos". *Seminario organizado por el Consejo General del Notariado dentro de los Cursos de Verano de El Escorial*. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid.

Milton Peralta, J. (2012). "Dolo intención y derecho penal de acto". *Revista de derecho Penal y Criminología*, No. 5, 40-56.

Mir Puig, S. (2012). *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: 2da edición, Reppertor.

Mir Puig, S. (2015). "Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal en el reforma penal", en *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel.

Molina Fernández, F. (2013). *Antijuridicidad penal y sistema de delito*. Bogotá: 2da edición, Universidad Externando de Colombia.

Morillas Cueva, L. (2014). *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: 2da edición, Tecnos.

Morillas Cueva, L. (mayo 2013). "Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español". *Cuadernos de Derecho Judicial XVII*, 44-53.

Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2011). *Derecho penal. Parte general*. Valencia: 2da edición, Tirant lo Blanch.

Muñoz Sabaté, L. (2011). "Conducta procesal dolosa de ambas partes. Lo que es legal y lo que sería justo". *Revista jurídica de Catalunya, Vol. 110, No. 3*, 793-811.

Navarro Ardoy, L. (junio-julio 2012). Modelos ideales de familia en la sociedad española. *Revista Internacional de Sociología n°43*, 119-138.

Novoa Monreal, E. (2012). "Algunas reflexiones sobre los delitos de peligro". *Revista de derecho Penal y Criminología, No. 3*, 291-300.

Ochoa, O. E. (2010). *Derecho Civil I: personas*. Caracas: 4ta edición, Universidad Católica Andrés Bello.

Octavio de Toledo y Ubierto. (julio 2011). "Consideración jurídico-penal del, así llamdo, abandono de familia". *Revista CPC No. 31*, 90-115.

Ojeda Martínez, C. (2014). *Estudio crítico sobre los derechos y garantías de la niñez y de la adolescencia, Tomo I*. Quito: 2da edición, Abya Yala.

Ortega, Á. E., & Manzanos Bilbao, C. (junio 2013). Medidas para fomentar el empleo de las personas que han sido privadas de la libertad. *Revista de Derecho de la UPV/EHU*, 53-88.

Ossorio, M. (2014). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Ciudad de Guatemala: Datascan.

Osterling Parodi, F. (2010). "La controversia sobre las obligaciones naturales". En V. Autores, *Derecho Civil Patrimonial* (págs. 313-334). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Palomar De Miguel, J. (2013). *Diccionario para Juristas, Tomo I*. México D.F: décima edición, Porrúa.

Parra Lucán, M. A. (2012). "Autonomía de la voluntad y Derecho de Familia". En L. P. (Coord.), *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado, vol. 1* (págs. 97-454). Madrid: Wolters Kluwer .

Pavarini, M. (2012). *Control y Dominación (trad. I. Muñagorri)*. México D.F: 4ta edición, Siglo XXI.

Paz y Miño Cepeda, J., & Pazmiño, D. (abril 2015). "El proceso constituyente desde una perspectiva histórica". *La Tendencia, Análisis Nueva Constitución*, 36-50.

Peces Morate, J. E. (2016). "La mediación en la jurisdicción penal". En V. Autores, *Derecho y justicia penal en el siglo XXI : liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García* (págs. 1045-1080). Madrid: Editorial Constitución y Leyes, COLEX.

Pérez Duarte, A. E. (2011). *La Obligación Alimentaria*. México D.F: 2da edición, Porrúa.

Pérez Guartambel, C. (2015). *Justicia indígena*. Quito: Fondo Indígena.

Pérez, E., & Redondo, S. (enero 2013). "Efectos psicológicos de la estancia en prisión". *Revista Papeles del Psicólogo*, 54-57.

Perot, P. (2013). "Tipos de reglas y el concepto de obligación jurídica". *Revista de teoría y filosofía del derecho Isonomía, No. 19*, 197-221.

Pettit, P. (2016). *Republicanism*. Barcelona: 2da edición, Paidós.

Pinatel, J. (2012). *La sociedad criminógena*. Madrid: 2da edición, Aguilar.

Prambs, C. (2010). "Qué es el dolo penal y qué es el error penal". *Revista de derecho y ciencias penales: Revista de Derecho (USS, Chile)*, No. 10, 83-102.

Prieto Sanchís, L. (2000). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha.

Puig, C. (2012). *Derecho Penitenciario: el cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Barcelona: Atelier.

Ramos Pazos, R. (2015). *Derecho de Familia*. Santiago de Chile: 4ta edición, Editorial Jurídica de Chile.

Reyes Mendoza, L. (2012). *Derecho Romano II*. Ciudad de México: Red Tercer Milenio.

Ribadeneira, D. (2015). "La interpretación de la administración tributaria: actos y resoluciones, y razonamiento jurídico". *Memorias de las VI Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario* (págs. 185-226). Cuenca: Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario.

Ricciardelli. (julio 2012). Violazione degli obblighi di assistenza familiare del nuovo Codice penale. *Rivista Penale*, 287-295.

Rivera Beiras, I. (2005). *Política Criminal y Sistema Penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos.

Roberts, J. (2015). *The virtual prison. Community custody and the evolution of imprisonment*. Cambridge: Cambridge University Press.

Rodríguez Yague, C. (2014). *Pena de muerte y Derechos Humanos: hacia la abolición universal*. Castilla-La Mancha: Universidad de Castilla-La Mancha.

Rojina Villegas, R. (2015). *Compendio de Derecho Civil I*. México: 3era edición, Porrúa.

Roxin, C. (marzo 2012). "¿Tiene futuro el derecho penal?". *Revista del Poder Judicial*, 3ra. Época, No. 49, Consejo General del Poder Judicial, 44-56.

Ruiz Vadillo, E. (2011). "La mediación penal". En V. Autores, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* (págs. 311-321). Madrid: Tirant lo Blanch.

Sampedro Arrubla, J. A. (2013). *La humanización del proceso penal*. Bogotá: 3era edición, Legis.

Sánchez Álvarez, B. (2017). "Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en la fase de mediación. La mediación penitenciaria". *Estudios de derecho judicial*, No. 136, 227-252.

Santos, A. D., Giménez, I. D.-P., & Torres, J. V. (2014). *Derecho Procesal Civil II- Parte Especial*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Schilman, B. D. (2016). "Shuld y Haftung: Concepto. Origen. Alcance. Consecuencias ". *Revista Lecciones y Ensayos* No. 35, 121-133.

Sierra, H. M., & Cantaro, A. S. (2015). *Lecciones de Derecho Penal- Parte General*. Buenos Aires: 2da edición, REUN, Red de Editoriales Universitarias del Sur.

Silva Sánchez, J. (marzo 2011). "¿Política criminal del legislador, el juez, de la administración penitenciaria?". *Aequitas, Revista Jurídica del Poder Judicial*, 38-40.

Somarriva, M. (2011). *Derecho de Familia*. Santiago de Chile: Nascimento.

Storini, C. (2014). *Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales: en la nueva Constitución del Ecuador*. Quito: 2da edición, Corporación Editora Nacional.

Tiedemann, K. (2013). *Lecciones de Derecho Penal Económico*. Barcelona: PPU, 2da edición.

Torrado Tarrío, C. (2012). "Mediación en el derecho penal de menores: nuevas realidades, nuevos retos". *Criminología y Justicia*, No. 4, 84-87.

Ubieto, O. d. (1987). Consideración jurídico-penal del, así llamado, abandono de familia. *CPC No. 31*, 90-101.

Urbano Martínez, J. J. (2012). *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Bogotá: 3era edición, Universidad Externado de Colombia.

Ure, E. (2010). *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 4ta edición.

USA Department of Justice and Luminosity the Solution . (2009). "*Pretrial Risk assessment in the federal court*". Office of the Federal Detention Trustee with support from the Administrative Office of the U.S. Courts.

Villadiego, C. (2011). Estrategias para racionalizar el uso de la prisión preventiva en América Latina: mecanismos para evaluar la necesidad de cautela. *Curso Virtual de Prisión Preventiva, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA* (págs. 609-641). Santiago de Chile: CEJA.

Vodanovic, A. (2013). *Derecho de Alimentos*. Santiago de Chile: 3era edición, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, Ltda.

Zaffaroni, E. R. (2015). *El Enemigo en el Derecho Penal*. Madrid: 3era edición, Dykinson.

Zambrano Pasquel, A. (2014). *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal, Tomo I*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Zepeda Lecuona, G. (2010). *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*. Monterrey: Open Society Justice Initiative.

II. LEGISLACIÓN

2.1. Internacional

- TRATADOS, DECLARACIONES Y CONVENIOS:

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948

Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976.

Resolución 44/25 Convención de los Derechos del Niño de 1989.

- **ARGENTINA:**

Ley 13.944/1950, incumplimiento de los deberes a la asistencia familiar.

Constitución de la Nación Argentina de 1994.

Ley 25.724/2003

Ley No. 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes de 2005.

Ley 26.994/2014 Código Civil y Comercial de la Nación.

- **BRASIL:**

Código Penal de los Estados Unidos de Brasil de 1890.

- **CHILE:**

Código Civil de la República de Chile de 1857.

Código Penal de 1874.

Ley 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias de 1962.

Constitución Política de la República de Chile de 1981.

Ley 19.947-Ley de Matrimonio Civil de 2004.

Ley No. 19.968 crea los Tribunales de Familia de 2004.

- **ESPAÑA:**

Constitución de la Nación Española de 1978.

Código Civil del Reino de España de 1980.

Ley Orgánica 10/1995, Código Penal.

Real Decreto 1618/2007 sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

Ley orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.

- PARAGUAY:

Ley No. 1183/1985 Código Civil.

Constitución de la República de Paraguay de 1992.

Ley No. 1680/2001 Código de la Niñez y Adolescencia.

- OTROS PAISES:

Código penal belga de 1867.

Código penal holandés de 1881.

Ley No. 10 de 20 de mayo de 1902/ Código Penal Civil de Noruega.

Código Penal canadiense de 1906.

2.2. Nacional

Constitución de la República del Ecuador de 1835.

Constitución Política de la República del Ecuador de 1906.

Constitución Política del Ecuador de 1929.

Constitución Política del Ecuador de 1946

Ley de Arbitraje y Mediación de 1997.

Código de la Niñez y Adolescencia de 2003.

Código Civil de 2005.

Constitución de la República del Ecuador de 2008.

Código Orgánico de la Función Judicial de 2009

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009.

Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de 2009.

Código Orgánico Integral Penal de 2014

Código Orgánico General de Procesos de 2015

Resolución No. 198/2015 Reglamento del Sistema Integral de Pensiones Alimenticias de la Función Judicial.

Código Orgánico Administrativo de 2017

III. JURISPRUDENCIA

3.1. Internacional.

Sala Segunda de lo Civil y Administrativo, Sentencia del Tribunal Supremo Español de 12 de febrero de 1997.

Acuerdo y Sentencia No. 110. Cámara de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia de 19 de julio de 2004.

3.2. Nacional.

Tribunal de Garantías Constitucionales. Registro Oficial No. 312/ Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales de 19 de junio de 1945.

Sentencia No.012-17-SIN-CC. Corte Constitucional de Ecuador 10 de mayo de 2017.