



UNIVERSIDAD TECNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGISTER EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL
CIVIL

**La sentencia provisional en juicio de alimentos, en materia de
interdicción y de inhabilitación como excepción de cosa juzgada; en los
juzgados de la familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón manta en el
año 2012**

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

AUTOR: Hidalgo Angulo, Heidi María

DIRECTOR: Ribadeneira Sarmiento, Javier Enrique, Dr.

CENTRO UNIVERSITARIO MANTA

2015

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Magister.

Javier Enrique Ribadeneira Sarmiento

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

Que el presente trabajo de fin de maestría: La sentencia provisional en juicio de alimentos, en materia de interdicción y de inhabilitación como excepción de cosa juzgada; en los juzgados de la familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón manta en el año 2012, realizado por Hidalgo Angulo Heidi María, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, 03 Diciembre de 2014

Dr. Javier Enrique Ribadeneira Sarmiento
DIRECTOR

AUTORIA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Hidalgo Angulo Heidi María, declaro ser autor de la presente trabajo fin de maestría: “La sentencia provisional en juicio de alimentos, en materia de interdicción y de inhabilitación como excepción de cosa juzgada; en los juzgados de la familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón manta en el año 2012.”, siendo Javier Enrique Rivadeneira Sarmiento, director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja, y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en este trabajo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través o con el apoyo financiero, académico o institucional operativo de la Universidad”.

Manta, Diciembre 03 del 2014

Heidi María Hidalgo Angulo

AUTORA DE LA TESIS

C.I. 0802120840

AGRADECIMIENTO

A Dios por darme la sabiduría suficiente para realizar esta investigación, a mis tres hijos: Heidi, Víctor y José David; a mi esposo Javier Solís Cedeño por haber comprendido el sacrificio del tiempo invertido, a mis padres, hermanos, suegros, maestros y compañeros de trabajo, a mi Director de Tesis, y al Tribunal, agradezco profundamente por el apoyo y comprensión que me brindaron para poder alcanzar esta meta.

Abg. Heidi María Hidalgo Angulo

AUTORA DE LA TESIS

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mis hijos y en especial a mi esposo, quien durante toda la etapa de estudio supo comprenderme y apoyarme en aspectos básicos en mi vida que me permitirían superarme y lograr el objetivo final, el de obtener el título deseado para enfrentar nuevas etapas de mi vida que nos permitirán desarrollarnos para beneficio de toda nuestra hermosa familia.

Abg. Heidi María Hidalgo Angulo

AUTORA DE LA TESIS

INDICE DE CONTENIDOS

AUTORIA Y CESIÓN DE DERECHOS	iii
AGRADECIMIENTO	iv
DEDICATORIA	v
INDICE DE CONTENIDOS.....	vi
RESUMEN EJECUTIVO	1
RESUMEN ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPITULO I: NOCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE ALIMENTOS	5
1.1 .-Consideraciones Generales sobre el derecho de alimentos	6
1.2 .-Definición del derecho de alimentos	7
1.3 .-Naturaleza Jurídica.....	9
1.4 .-Antecedentes	11
1.5 .-Derecho de alimentos en el Ecuador.....	13
1.6 .-Contenido del derecho de alimentos.....	14
1.7 .-Características del derecho de alimentos.....	19
1.8 .-Titulares del derecho de alimentos.....	21
1.9 .-Obligados a la prestación de los alimentos	26
1.10 Situación de la denominada Ayuda Prenatal.....	30
CAPITULO II : RESOLUCIONES Y COSA JUZGADA.....	32
2.1 .-Resoluciones Judiciales, Concepto y Clasificación.	33
2.2 .-Requisitos formales y materiales de la sentencia	39
2.3 .- Cosa Juzgada	43
2.4 .-Ubicación de la Cosa Juzgada	43
2.5 .-La cosa juzgada en el derecho de familia	46
CAPITULO III: LA INTERDICCIÓN E INHABILITACION COMO EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA EN EL JUICIO DE ALIMENTOS.....	48
3.1 .-Nuestra legislación ecuatoriana, y jurisprudencia	49
3.2 .- Representación de los Incapaces	50
3.3 .- Derecho Comparado con Paraguay y Colombia.	54
3.4 .- Resoluciones que adquieren la calidad de ejecución provisional.	58
3.5 .- Marco Constitucional de la ejecución provisional.....	60

3.6	.- Regulación de la Ejecución Provisional en la Ley Chilena	63
3.7	.-Plazo para resolver	69
3.8	.-Resoluciones emitidas en los juzgados de la Niñez y Adolescencia en el Cantón Manta en el año 2012 motivadas por interdicción e inhabilitación	70
3.9	.- Análisis de los resultados de la investigación	72
	CONCLUSIONES.....	73
	RECOMENDACIONES.....	75
	BIBLIOGRAFÍA.....	77

RESUMEN EJECUTIVO

La importancia de esta tesis es la de plasmar la necesidad que existe en la actualidad, ante el principal derecho del alimentante, que está siendo vulnerado debido al vacío legal que existe dentro de la normativa, la misma que necesita ser reformada para garantizar, el cumplimiento de aquello que debe ser primordial para la subsistencia de quienes deben adquirir alimentos, derecho que no puede ser violentado por la inexistencia de la persona responsable de otorgar alimentos una vez declarada la interdicción, esto constituye que quienes tienen por derecho adquirir este beneficio quedan sin respaldo alguno, violando el derecho constitucional quien garantiza ante todo el buen vivir.

La normativa sin embargo no ha previsto, el hecho de que la persona responsable de otorgar alimentos, en circunstancias que se encuentre en interdicción, deba continuar otorgándola, y en su remplazo; quien deberá por ley suplantar este derecho a fin de que se permita el desarrollo integral del beneficiario de alimentos.

Por ello es indispensable que se considere lo expuesto en esta tesis a fin de contribuir en beneficio de quienes lo necesitan.

Palabras Claves: Interdicción, derecho de alimentos, juzgado de la Niñez y Adolescencia, reforma, Código de la Niñez, el Código Civil.

RESUMEN ABSTRACT

In this thesis the need to incorporate in the replacement legislation declared interdicted person, who must grant right food is investigated. I analyze the main laws which he is entitled and which define this benefit; interviewing judges in order to obtain information from cases brought in the competent courts in this matter, and found that some little doubt about how to act on these judgments, since the normal process is that interdiction or disqualification is declared by judges of what civil, I this being a different food trial, and do not exist in the children's courts judgments food with this peculiarity that the injunction should provide food, specifically disabling this entails . But who should replace this right, since the same rules do not provide.

I recommend that a reformatory is made to Art. 349 of the Civil Code and Art. 4 of Chapter V, the ANC, who are determined where people should acquire this obligation.

KEYWORDS: Interdiction, right food, tried for Children, reformatory, Code of Childhood, Civil Code.

INTRODUCCIÓN

El derecho a obtener alimentos es un principio fundamental y una garantía que brinda el Estado. ¿Qué pasa cuando quien debe alimentos es declarado interdicto o inhabilitado?; en Ecuador los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria. En caso de ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado por quien lo alega se obliga en su orden a los abuelos, a los hermanos/as que hayan cumplido 21 años y a los tíos/as.

Se investigó en los juzgados que tienen la competencia en la ciudad de Manta de conocer este tipo de casos y alarmantemente se registran juicios interpuestos por interdicción pero ninguno registra si los demandados son obligados alimentarios, verificando así que existe un claro vacío legal que está vulnerando el derecho de percibir alimentos.

En el primer capítulo revisaremos las nociones fundamentales del derecho de alimentos, definiciones, naturaleza jurídica, antecedentes, derecho de alimentos en el Ecuador, contenido del derecho de alimentos, características, los obligados a prestación de alimentos, la ayuda prenatal.

En el Segundo capítulo analizaremos las resoluciones judiciales, requisitos formales de la sentencia, la cosa juzgada, la cosa juzgada en el derecho de familia.

El tercer capítulo se relata la interdicción e inhabilitación como excepción de cosa juzgada en el juicio de alimentos, siendo éste el capítulo principal de la investigación profundizando en la representación de los Incapaces, el derecho comparado con Paraguay y Colombia, Resoluciones que adquieren la calidad de ejecución provisional, marco constitucional de la ejecución provisional, regulación de la ejecución provisional en la ley Chilena, resoluciones emitidas en los juzgados de la Niñez y Adolescencia en el Cantón Manta en el año 2012 motivadas por interdicción e inhabilitación.

La finalidad de este trabajo investigativo propone que se incluya dentro de la normativa que la obligación recaiga en contra de quien propone la demanda de declaración e interdicción o inhabilitación, y se defina la situación del beneficiario en el mismo juicio.

El metodología de investigación es la científica, deductiva, analítica, dinámica; el tipo de estudio que se aplica es descriptivo y experimental; las técnicas de recopilación de datos son documental, de observación, entrevista, y la fuente de investigación son los estadísticos de sentencias provisionales emitidas por los Juzgados de la Niñez y Adolescencia del Cantón Manta en el año 2012.

CAPITULO I: NOCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE ALIMENTOS

1.1 .-Consideraciones Generales sobre el derecho de alimentos

Es menester conocer ciertos conceptos referentes a este tema, de ahí que el derecho de alimentos nace del derecho de familia, genérico que abarca muchas instituciones, tales como el matrimonio, filiación, patria potestad, etc.

El Derecho de familia se define como un conjunto de normas que rigen la constitución, organización, disolución de la familia como grupo en sus aspectos personales y de orden patrimonial.

Es de entender que la familia constituye el núcleo fundamental de una sociedad y bajo esa característica, se desarrolla el deber de cuidar a sus componentes integrantes entre ellos, los/as hijos/as, quienes a más de cuidados morales, espirituales y afectivos, requieren de prestaciones económicas que satisfagan sus requerimientos materiales diarios.

Objetivamente el derecho de familia no crea la institución familiar, pues ésta es una creación natural y por ello anterior al estado. Además por regular situaciones intuitu personae -en razón de la persona- hacen de su naturaleza jurídica, un derecho alejado del mero o simple interés individual, donde sus normas son imperativas, son de carácter público, y la autonomía de la voluntad es restringida; situación que difiere del Derecho Civil, que en líneas generales se estructura sobre la base de la individualidad y el patrimonio de las personas.

El derecho de familia ha generado su autonomía a través de ejes como la independencia doctrinal, la independencia legislativa y la independencia judicial.

Como breve descripción de la evolución legislativa tenemos que en Ecuador se expidió el primer Código Civil mediante Decreto Supremo del Gobierno Provisorio el 29 de noviembre de 1859, cuya primera edición se realizó de 3 de diciembre 1860, y que comenzó a regir desde el 1 de Enero de 1861. Posteriormente se promulga el Código Civil de 1871. Un tercer Código Civil de 1889 refiere a los alimentos que se debían por Ley a ciertas personas, así el Título XVII decía:

"Se deben alimentos 1 ° al cónyuge; 2° a los descendientes legítimos; 3° a los ascendientes legítimos; 4° a los hijos naturales y a su posteridad legítima; 5° a los

padres naturales; 6° a los hijos ilegítimos, según el título XIV de este Libro; 7° a la madre ilegítima; 8° a los hermanos legítimos; 9° al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiese sido rescindida o revocada; 10° al ex religioso que, por su excomunión, no haya sido restituido en los bienes que, en virtud de su muerte civil pasaron a otras manos. La acción del excomulgado se dirigirá contra aquellos a quienes pasaron los bienes, sin la profesión religiosa, le hubieren pertenecido, y la acción del donante, contra el que donatario". (Código Civil Ecuatoriano, Registro oficial suplemento 46 del 24 de Junio del 2005, título XVII.)

De igual manera se protegió el cobro de las pensiones alimenticias mediante la imposición de arresto personal que estuvo presente en Ecuador desde su fundación hasta el año 1929, cuya Constitución de ese año prohibió la prisión por deudas.

No es sino en el año 1946, que la Constitución de ese año colocó como excepción a la garantía de no prisión por deudas, precisamente a la deuda de alimentos. Sobre la independencia judicial, nuestro país no es la excepción, pues con la expedición del Código de la Niñez y Adolescencia del año dos mil tres, los Tribunales de Menores, dependientes del Ejecutivo, y constituidos por tres vocales, pasaron a formar parte de la función judicial, y a ser unipersonales adquiriendo la denominación de Juzgados de Niñez y Adolescencia; y posteriormente a partir de la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial se denominaron Juzgados de familia, mujer, niñez y adolescencia sin embargo de lo cual, por razones administrativas, en la actualidad, se denominan Juzgados de Niñez y Adolescencia.

1.2.-Definición del derecho de alimentos

Doctrinariamente se ha elaborado un sinnúmero de definiciones tales como: derecho de alimentos es el derecho-deber latente entre los familiares de exigir o prestar alimentos de conformidad con lo establecido en el Código Civil. A simple vista esta definición adolece de cacofonía, al definirse con su propia denominación. Debería indicarse que los alimentos no se restringen al derecho sino al deber y también a la responsabilidad del obligado.

El proporcionar alimentos es una obligación consustancial de los/as progenitores/as y, a su vez, representa un derecho intrínseco de los niños/as y adolescentes. No se refiere exclusivamente a satisfacer las necesidades fisiológicas primarias a través de la comida y bebida diaria o subsistencia, sino que además, comprende la satisfacción de la habitación, educación, vestuario, asistencia médica y recreación o distracción.

En Ecuador, el art.2 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (en adelante CNA) menciona que el derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los/as alimentarios/as que incluye: 1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente; 2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas; 3. Educación; 4. Cuidado; 5. Vestuario adecuado; 6. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos; 7. Transporte; 8. Cultura, recreación y deportes; y, 9. Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.

“El derecho de alimentos, en sentido amplio, puede definirse como el derecho que tienen determinadas personas en estado de necesidad de exigir alimentos a otras también determinadas, las cuales están obligadas a proporcionárselos por mandato de la ley o la voluntad de las partes o la unilateral de un tercero, como es el testador que instituye un legado de alimentos”. (Constitución de la República del Ecuador Registro Oficial No. 449 - Lunes 20 de Octubre de 2008, Art. 67)

Para el jurista chileno Luis Claro Solar, “con la palabra alimentos se designa, en su sentido legal, todo lo que es necesario para la conservación de la vida: la comida, la bebida, el vestido, la habitación, los remedios en caso de enfermedad”. (Luis Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo 3, Santiago, 1944, p. 448).

En síntesis, podemos colegir de estas definiciones simplemente que el derecho de alimentos, constituye un beneficio, una garantía a favor de miembros de la familia, por su calidad de tales, (no solo niños, niñas o adolescentes), que es proporcionado por una persona obligada tanto moral como legalmente a prestarlos, a fin de satisfacer

las necesidades de aquellos. Dicho beneficio se lo realiza a través de una pensión alimenticia. No hay que confundir el derecho de alimentos con lo que es la pensión alimenticia.

Nuestro Código de la Niñez y Adolescencia así como su Ley Reformatoria no contempla definición o límite acerca de lo que constituye la pensión alimenticia, solamente abordan temas referentes a su naturaleza y características del derecho de alimentos.

Practicando una definición de pensión de alimentos decimos que es una prestación económica que se otorga sea en forma voluntaria o en forma judicial, es un derecho de un miembro de familia y un deber del progenitor que debe procurárselo, sin olvidar que dicha responsabilidad puede ser exigible a un tercero, como subsidiario.

La pensión de alimentos constituye la cuantificación económica respecto de la proporción mensual que deben satisfacer los obligados principales o sus respectivos obligados subsidiarios de conformidad con esta ley, para garantizar el derecho a alimentos.

Las labores y gastos de cuidado, protección, manutención y atención proporcionados por quien está a cargo del cuidado del niño, niña o adolescente, se considerarán como la proporción correspondiente dentro de las obligaciones y deberes provenientes del ejercicio de sus derechos consagrados.

1.3.-Naturaleza Jurídica

Determinar la naturaleza jurídica de la prestación alimentaria, obligación alimentaria o derecho a los alimentos tiene suma importancia ya que se presentan conflictos para la inserción de elementos materiales en torno a los criterios vertidos. Así ha existido una corriente jurisprudencial que ha asimilado a las obligaciones alimentarias al régimen de las obligaciones monetarias basados o teniendo como sustento la procreación. Este camino fue seguido durante un tiempo por la jurisprudencia italiana, con miras a facilitar la ejecución de las sentencias extranjeras de alimentos dictadas a favor de hijos naturales no reconocidos o que no pudieron ser reconocidos de acuerdo al derecho italiano por ser sacrílegos, incestuosos, etc.

Para ello, los jueces optaron por calificar los alimentos como una relación puramente patrimonial.

Otra corriente considera el derecho a los alimentos, ya sea como un derecho natural o un derecho elemental de la persona humana ya como un derecho subjetivo. Así entendido, 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.

Pero también se encuentra la posición mixta que señala:

Por un lado tiene aspecto patrimonial, porque el objeto de la obligación alimentaria es una prestación de dicho carácter, ya que son económicos los medios aptos para satisfacer las necesidades vitales del alimentario. Por otro lado la obligación en análisis es rigurosamente personal, pues tiende a la conservación de la vida del alimentista. De este último aspecto, que es el preponderante, derivan las características propias del instituto, hasta el punto de hablarse del personalismo de la obligación alimenticia.

Empero, ese aspecto de naturaleza patrimonial, que es totalmente visible en las obligaciones civiles, tiene ciertas particularidades en la obligación de alimentos, pues si bien es cierto tanto la una como las otras nacen de la ley; esta última -en materia de niñez- se genera por la existencia de un vínculo familiar y parentesco de los sujetos de la relación jurídica alimentaria; y porque adicionalmente, la finalidad de la pensión alimenticia está relacionada a satisfacer y cumplir un derecho humano básico como es la vida del acreedor alimentario.

Así se ha pronunciado una Sala de Corte en Costa Rica:

“En primer plano, debemos señalar que la deuda alimentaria no es en sí misma una deuda civil, ya que a la misma, a pesar de ser una obligación patrimonial, le alcanzan los caracteres fundamentales propios de la materia alimentaria, diversos de las obligaciones meramente patrimoniales comunes, las cuales tienen su base en los contratos o fuentes generales de las obligaciones, en tanto la obligación de dar alimentos se deriva de los vínculos familiares que impone ya sea el matrimonio, la patria potestad o bien el parentesco, obligación dentro de la cual se encuentran incluidos todos aquellos extremos necesarios para el desarrollo integral de los

menores o la subsistencia de los acreedores de alimentos. Lo anterior significa que la deuda alimentaria se sustrae de los conceptos normativos comunes, para recibir una protección especial, pues dentro de ella se encuentra inmerso el cúmulo de derechos fundamentales que tiene todo ser humano al desarrollo integral y que, en este caso, se refleja inclusive a nivel de Pactos Internacionales como el Pacto de San José, que en su artículo 7, inciso 7) desarrolla lo referente a los derechos a la libertad personal estableciendo que nadie puede ser sometido a prisión por deudas, excepto en el caso de la deuda alimentaria. Es entonces permisible en nuestra legislación establecer restricciones al ejercicio de alguno de los derechos fundamentales para el ciudadano que se encuentre dentro de las obligaciones dichas. Compartimos este criterio final sobre la naturaleza jurídica del derecho de alimentos, como un derecho humano, de protección de la vida, en razón del vínculo familiar". (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, dentro de la acción de inconstitucionalidad del Art. 26 de la Ley de Pensiones Alimenticias. Voto N.º 300-90, San José, 21 de marzo de 1990).

1.4 .-Antecedentes

Es muy remoto el origen del derecho de alimentos. Ya en el derecho griego se hablaba acerca de las obligaciones alimenticias.

En la antigua Grecia, especialmente en Atenas, el padre tenía la obligación de mantener y educar a la prole. Tal deber, según recuerda Platón, estaba sancionado por las leyes. Los descendientes, a su vez, en prueba de reconocimiento, tenían la obligación de alimentar a sus ascendientes. Sin embargo, esta obligación desaparecía cuando el padre no había dado al hijo una educación conveniente, o promovía su prostitución y en los casos de nacimiento de concubina. En el derecho de los papiros aparecen también en los contratos matrimoniales, frecuentes alusiones a la obligación alimenticia del marido con la mujer, el derecho de la viuda o divorciada de recibir alimentos hasta que le fuera restituida la dote.

En Roma se presenta este derecho pero no en su período antiguo o primitivo (siglo VIII aC, año 753 aC), sino en su periodo clásico del imperio romano cristiano (año 30 al 476 dC): los romanos primitivos desconocieron la obligación de prestar alimentos,

porque los poderes del paterfamilias eran tales y tan absolutos que absorbían todos los derechos de los integrantes de la domus. Fue con los emperadores cristianos con quienes apareció este deber.

En esta primera época romana el origen de la obligación alimenticia es nulo por la institución del *paterfamilias* y la potestad que éste tenía, considerando todo como su propiedad, aún incluso la vida de sus propios hijos, tal situación es plasmada en el siguiente texto:

El Paterfamilia preside una comunidad constituida por su mujer, hijo, parientes y esclavos. Tenía sobre todo poder de vida y muerte, podía venderlos y pignorarlos; casar a sus hijos a capricho y obligarlos a divorciarse. Este poder se expendía a todos los hijos de la familia fueran o no casados, ocuparan o no funciones públicas. Era dueño de todos los bienes familiares y disponía libremente de ellos. Oficiaba como sacerdote en las ceremonias religiosas, y muerto era adorado como un Dios. Era el Señor, el magistrado, el pontífice. La Familia constituía toda una organización económica, laboraba la tierra, hacía el pan y el vino, tejía telas, construía la casa. En suma, se bastaba a sí misma.

El deber jurídico de prestar alimentos sólo se introduce en la Época Imperial entre los parientes consanguíneos, en línea recta ascendente o descendente. Surge pues, dicha obligación legal entre padres e hijos y abuelos y nietos. Judicialmente, el asunto es de la competencia del cónsul y se ventila en la *extraordinaria cognitio*, es decir, un procedimiento extraordinario en el que no se siguen las reglas de tramitación corriente sino las que el mismo magistrado señala.

Mucha aplicación tenían en el derecho Romano los alimentos voluntarios. Se hacían a través de fideicomisos, donaciones y mediante disposiciones legales. Estos comprendían la alimentación, vestido, habitación y, en general, todo lo necesario para la subsistencia, pero no los gastos de educación, salvo voluntad expresa del disponente. Los legados a favor de un hijo duraban toda la vida, a menos que se hubieran dejado hasta la pubertad.

En España, por la influencia del derecho romano, canónico y feudal, en el siglo XVIII se produjo la creación de un cuerpo normativo conocido como las *Siete Partidas*

durante la época de reinado de Alfonso X, el Sabio, cuya partida cuarta comprendía el derecho de familia.

Joaquín Escriche, sobre los alimentos en las *Siete Partidas* nos señala:

“Ocúpase con detención de la obligación legal alimenticia entre padre e hijos legítimos y naturales, obligación de carácter recíproco. Asimismo, reconoce dicha obligación entre cónyuges y hermanos. Hay disposiciones de rancio sabor. Una, por ejemplo, dice que no siendo los hijos legítimos ni naturales, sino espurios o bastardos sólo los ascendientes maternos y no los paternos estarán obligados a darles alimentos en defecto o imposibilidad de los padres (Partida 4, Título 19, Ley 5). La razón de la ley para imponer a los ascendientes maternos y eximir de ella a los paternos estriba en que la maternidad, en los hijos espurios está revestida de certeza y la paternidad no”. (Joaquín Escriche, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1858, p. 140, citado por Antonio Vodanovic Haklicka, op. cit., p. 10).

1.5.-Derecho de alimentos en el Ecuador

En nuestro país, el derecho de alimentos se contempló como un título, dentro del Código de la Niñez y Adolescencia, expedido mediante Ley No. 100, y publicado en el Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003, y puesto en vigencia seis meses después de su publicación. Vino a remplazar el anterior Código de Menores, expedido mediante Ley No. 170 y publicado en el Registro Oficial Suplemento 995, de 7 de Agosto de 1992 que también determinaba el juicio de alimentos. Históricamente la legislación ecuatoriana ha generado los Códigos de Menores de 1938, 1944, 1960, 1969, 1976, y 1992, y luego el Código de la Niñez y Adolescencia de 2003 ahora ya con su primera reforma.

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

Sin embargo de que nuestra investigación gira en torno a los alimentos para niños, niñas y adolescentes, es importante destacar que en Ecuador, nuestro Código Civil

en su Art. 349 determina que, también por ley se deben alimentos:

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

No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue.

En lo no previsto en esta Ley, se estará a lo dispuesto en el Código de la Niñez y Adolescencia y en otras leyes especiales.

Así pues la norma especial, esto es el Código de la Niñez y Adolescencia viene a desarrollar la prestación alimenticia a los hijos, sean estos niños, adolescentes e incluso adultos hasta los 21 años, en caso de estudiar o hijos con discapacidad a quienes se les debe suministrar la pensión por toda la vida.

1.6.-Contenido del derecho de alimentos

Constitucionalmente es un deber de los ecuatorianos alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos conforme el artículo 83 numeral 16 de la Carta Magna, declara el deber de protección por cuanto la pensión de alimentos puede ser cobrada incluso con el apremio del alimentante, como más adelante analizaremos. Otras características se encuentran plasmadas en nuestra propia Ley Reformatoria al CNA, en su Art. Innumerado 3, entre las cuales tenemos:

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

Intransmisible.- El derecho de alimentos no es susceptible de ser transmitido por sucesión por causa de muerte, ya que por ser de naturaleza pública familiar y ser un derecho personalísimo, con la muerte del titular se extingue este derecho. El Art. 362 del Código Civil prescribe que: El derecho a pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse.

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

Imprescriptible.- Esto es, que el derecho a pedir alimentos no se lo pierde por prescripción. La prestación de alimentos por ser de naturaleza pública-familiar no está sujeta al recurrir de un período de tiempo determinado para que se extinga. No se debe confundir la prescripción de la pensión de alimentos que anteriormente haya sido fijada, en cuyo caso si será motivo de prescripción.

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

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

Inembargable.- El derecho de alimentos no puede ser sujeto de embargo, ya que su finalidad es la subsistencia del alimentario, es decir se fundamenta en el derecho a la vida y a su conservación, por tanto no puede ser sujeto a imposición de gravamen alguno.

Esta inembargabilidad se encuentra respaldada en nuestro ordenamiento jurídico en el Art. 1634 del Código Civil que señala que no son embargables, entre otros: numeral 9: los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y

habitación; numeral 12: Los demás bienes que leyes especiales declaren inembargables.

Es decir que el derecho de alimentos es de ejercicio personalísimo, y la Ley Reformatoria al CNA, lo declara inembargable, por tanto posee una doble protección en torno a su carácter de no ser sujeto de embargo.

Materia no susceptible de arbitraje.- En razón de su interés social o de orden público, no pueden ser sometidos a la resolución de árbitros las cuestiones que versen sobre alimentos. Nadie duda que las cuestiones sobre alimentos legales futuros escapan al arbitraje. La prohibición al árbitro para conocer y decidir sobre el derecho de alimentos o pensiones futuras ha sido aplicada reiteradamente por los tribunales. Así, por ejemplo, en el curso de la liquidación de una sociedad conyugal y partición de bienes se presentó el problema de si la madre estaba obligada a alimentar a sus hijos con bienes propios; el árbitro de la especie resolvió que ese problema no era de su competencia y tocaba dilucidarlo a la justicia ordinaria. En otro caso, la Corte Suprema afirmó que el partidor de una herencia carece de facultades para declarar si la obligación de dar alimentos, reconocida anteriormente por la justicia ordinaria, continúa vigente o se ha extinguido.

Sobre este punto polémico, como criterio de interpretación, la doctrina ha señalado que no son susceptibles de juicio arbitral, los litigios en que está prohibido el contrato de transacción.

Ahondando el tema, Gonzalo Uribarri en su libro "El arbitraje en México" menciona que resulta admisible y comprensible que los derechos de alimentos no sean sujetos a comprometer en árbitros, pues a simple vista es un derecho fundamental del individuo que es la subsistencia. Por ende, la materia del divorcio tampoco podría ser materia del arbitraje, si bien la legislación civil sustantiva prevé que, cuando se inicia un divorcio voluntario, el juez tendrá la obligación de señalar dentro del procedimiento la celebración de dos juntas de avenencia a fin de conminar a los divorciantes a que desistan de su intención de separarse, desde luego, no podrá admitirse que si las partes desean continuar el procedimiento, se turne el caso a un árbitro, dada la condición especial y delicada que amerita el proceso de divorcio, de evidente interés

público por las consecuencias familiares y sociales implicadas.

Necesita de aprobación judicial para ser transigido.- El Art. 2348 del Código Civil ecuatoriano señala que la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. Es una forma pronta de dar por finiquitado un inconveniente presente, ahorrando dinero, tiempo y esfuerzos, y consiguiendo un resultado satisfactorio. En materia de alimentos, cabe la transacción pero de manera restringida, siempre y cuando se respeten los lineamientos legales y no se proponga renuncia de algún beneficio legal. Así, el Art. 2353 del Código Civil señala que la transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley, no valdrá sin aprobación judicial; ni podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los Arts. 362 y 363, artículos que refieren a la que no puede transmitirse, ni renunciarse, ni transferirse, y menos compensarse, particular que deberá ser observado minuciosamente por el Juez de Niñez y Adolescencia quien al aprobar judicialmente la transacción, le da a ésta la eficacia necesaria para ser ejecutada. Por tanto la transacción en alimentos queda reducida a unos pocos asuntos: la fijación del monto, el cual no deberá ser inferior al establecido en las tablas de pensiones; la forma de pago de la liquidación que se genere, la compensación de valores cancelados en especie, el reconocimiento de haber recibido montos atrasados.

Constituye un derecho especial y de prevalencia.- La peculiaridad de estas reglas que, como ya dije concretan un deber que va más allá de la justicia y llega hasta la caridad, origina esta característica por la cual las normas sobre alimentos son especiales y por lo mismo prevalecen sobre otras disposiciones de índole más genérica.

Este derecho especial se encuentra regido por su normativa independiente, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, e incluso es administrado por una justicia especializada. Adicionalmente la Ley reformativa al Código de Niñez en forma expresa, otorga prevalencia de sus normas por sobre las de lo civil, por ser las primeras las competentes, las de mayor jerarquía, y ser especiales, lo cual nos sirve para resolver los conflictos que se presenten entre reglas de una y otra materia.

Es un derecho preferente.- Preferencia que se deriva del carácter prioritario y de sobrevivencia que implican para quien tiene derecho a recibirlos, por lo que serán cobrados en primer término, antes que cualquier otro tipo de créditos. El numeral 6 del artículo 2374 del Código Civil señala el privilegio de preferencia para cobro de los alimentos a favor de menores. También hay norma constitucional (Art. 44) que declara la preferencia de derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre los demás.

Es continuo.- Mientras no desaparezcan las condiciones por las cuales se encuentra establecido, por ejemplo la edad del alimentario, continuidad que también persiste, pese a no ser pagado o cancelado por el deudor alimenticio, pues tal hecho no significa que el derecho a recibir los alimentos deba cesar.

Algunos autores señalan como características del derecho de alimentos el ser de orden público porque la familia es la base de la sociedad, y ser personal por el carácter de inherente a su titular, pero estos elementos pertenecen más que a una característica, a su naturaleza jurídica, es decir, a su esencia. Otros señalan el carácter de reciprocidad del derecho de alimentos, lo cual tiene valía en nuestro Código Civil, cuerpo normativo que se encarga de los alimentos que se deben a los padres, y éstos a sus hijos.

Asimismo, hay autores que señalan como característica del derecho de alimentos su divisibilidad, en torno al hecho de que si son varios quienes deben, el importe será repartido entre todos; o al hecho de la forma de pago de la pensión, es decir en forma quincenal o mensual; o de acuerdo con el número de beneficiarios de la pensión, individualizando y dividiendo la proporción que le corresponde a cada uno de ellos.

Empero, pienso que más bien estos factores corresponden a las características de la pensión alimenticia, y no al derecho de alimentos, pues lo que se divide a varios obligados es el monto de la pensión, no el derecho de alimentos; lo que se paga en forma mensual, quincenal, semestral, es el importe de la pensión, no así el derecho; y, por último, cada beneficiario ejerce personalmente su derecho de alimentos y lo que se divide a cada uno de ellos es su monto, no así su derecho.

1.7.-Características del derecho de alimentos

En líneas anteriores ya adelantamos quienes son los titulares del derecho de alimentos; en nuestro país, según el art. innumerado 4 de la Ley Reformatoria al CNA, tienen derecho a reclamar alimentos: Las niñas, niños y adolescentes (NNA), salvo los emancipados voluntariamente que tengan ingresos propios, a quienes se les suspenderá el ejercicio de éste derecho de conformidad con la presente norma; los adultos o adultas hasta la edad de 21 años que demuestren que se encuentran cursando estudios en cualquier nivel educativo que les impida o dificulte dedicarse a una actividad productiva y carezcan de recursos propios y suficientes; y, las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse.

Esto de la titularidad no es nada más que reconocer a los niños, niñas y adolescentes como plenos sujetos de derechos, con capacidad y aptitud de ejercerlos por sí mismos, o a través de un representante; y con plena participación en los aspectos que afectan su vida y su desarrollo integral, a fin de conseguir sus legítimas aspiraciones. Bajo esa nueva óptica, se tiene la relación directa entre la existencia del derecho y la existencia de un titular (sujeto de los mismos).

Tanto la Constitución de la República del Ecuador (artículo 45), como el Código de la Niñez y Adolescencia (Art. 15), y su ley reformatoria (Arts. 1 y 4) reconocen a los NNA como sujetos de derecho y no como objetos del mismo, pasando de la doctrina de la *situación irregular* a la de *protección integral*, demostrando así, la aquiescencia sobre la titularidad de derechos que ellos poseen.

“La Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales, y la elaboración de la doctrina de la protección integral trajeron consigo el surgimiento del Derecho de los Niños como una nueva rama jurídica, basada en tres pilares fundamentales: el interés superior del niño, entendido como la

premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños; el menor de edad como sujeto de derecho, de manera que se reconocen a éste tanto los derechos humanos básicos como los que sean propios de su condición de niño; y el ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental: siendo que la autoridad parental tiene como único fin procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo integral, constituye una responsabilidad y un derecho para los padres, pero también un derecho fundamental para los niños a ser protegidos y orientados hasta alcanzar su plena autonomía. Por ello, el ejercicio de autoridad debe disminuir conforme avanza la edad del niño”. (Registro Oficial No. 449, Lunes, 20 de Octubre de 2008)

Varios Estados incluyen entre sus acciones el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos a través de actos administrativos tales como autorizarlos a iniciar acciones judiciales, solicitar protección, denunciar situaciones de maltrato o abuso, tramitar documentación. Si bien estos pueden considerarse pasos significativos en el reconocimiento del niño como actor social, resulta discutible su inclusión dentro de las prácticas participativas.

En resumen, la Constitución ecuatoriana del 2008 reitera lo establecido en la Convención sobre los derechos del Niño: reconoce de manera expresa que los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos, titulares de todos los derechos además de los específicos de su edad, que requieren una protección especial de parte del Estado, la sociedad y la familia, pero que pueden ejercer de manera progresiva los derechos a ellos reconocidos. Por tanto, son titulares de todas las garantías establecidas en la Constitución para protegerse, individual o colectivamente, de las omisiones o acciones que amenacen o vulneren sus derechos.

¿Qué sucede con la capacidad para poder demandar los alimentos? En torno al tema, debemos hacer un paréntesis. Analicemos lo estipulado en el Art. Innumerado 6 de la Ley Reformatoria al CNA, referente a la legitimación procesal, esta legislación menciona que estarán legitimados para demandar la prestación del derecho de alimentos a favor (subrayado propio) de un niño, niña o adolescente o de las

personas de cualquier edad que padezcan de una discapacidad física o mental que les impida hacerlo por sí mismas:

La madre o el padre bajo cuyo cuidado se encuentre el hijo o hija y, a falta de ellos, la persona que ejerza su representación legal o quien esté a cargo de su cuidado; y, los y las adolescentes mayores de 15 años.

Al parecer este articulado nos haría entender que los niños, así como los adolescentes entre doce y quince años, no son sujetos de derechos, sino solo sus padres, quienes demandan alimentos para favorecer a sus hijos, lo cual es totalmente equívoco, pues una cosa es la falta de capacidad jurídica para actuar autónomamente y otra muy distinta el ser titular de derechos. Es necesario distinguir entre legitimación, capacidad y ser sujeto de derechos. El siguiente párrafo trata el tema: El hecho de que el niño no tenga capacidad de ejercicio no lo priva de su calidad de sujeto de derechos humanos. La Corte lo ha expresado magistralmente cuando ha señalado que la mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y de realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.

1.8.-Titulares del derecho de alimentos

En Ecuador los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad. En caso de ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado por quien lo alega se obliga en su orden a los abuelos, a los hermanos/as que hayan cumplido 21 años y a los tíos/as.

Señala además que la autoridad competente, entendida como el Juez, en base al orden previsto en los numerales precedentes, en los grados de parentesco

señalados, de modo simultáneo y con base en sus recursos, regulará la proporción en la que dichos parientes proveerán la pensión alimenticia, hasta completar el monto total de la pensión fijada o asumirla en su totalidad, según el caso.

También otorga la oportunidad de que los parientes que hubieren realizado el pago puedan ejercer la acción de repetición de lo pagado contra el padre y/o la madre. Manda a que los jueces apliquen de oficio los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador a fin de garantizar el derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, hijas e hijos de padres o madres que hubieren migrado al exterior, y que dispongan todas las medidas necesarias para asegurar el cobro efectivo de la pensión.

Del articulado podemos analizar inquietudes presentadas, pues el tema de los obligados subsidiarios se ha tornado álgido, presentándose muchas tensiones:

- a) Los progenitores tienen la obligación tanto moral como legal de proporcionar alimentos. Que efectivamente aunque se encuentre afectada de alguna forma la patria potestad de ellos sobre sus hijos, no es excusa para no aportar la pensión alimenticia, pues tarde o temprano esa patria potestad puede recuperarse o ser restituida.
- b) Que la pensión de alimentos procede aún en los casos en que el alimentado y el obligado convivan bajo el mismo techo.
- c) Que la imposición de los obligados subsidiarios a pasar alimentos, no es de reciente data ni apareció con la ley reformativa del año 2009, sino que dicha subsidiariedad ya existió con el Código de 2003, solamente que el orden era distinto, así el Art. 129 ya reformado decía que después del padre y la madre, venían los hermanos del alimentario que hayan cumplido dieciocho años, los abuelos y por último los tíos. Aún más, el mismo Código de Menores del año 1992 señalaba el origen y el orden de los obligados subsidiarios indicando que a falta o por impedimento de los padres, estarán obligados a suministrar alimentos al menor, en su orden, sus ascendientes, sus hermanos y sus tíos.

d) Para aplicar la demanda a los subsidiarios, ¿qué deberíamos entender por *ausencia*? Es la pregunta que muchos se formulan.

En derecho, *ausencia* es la situación de quien se encuentra fuera del lugar de su domicilio, sin que se sepa su paradero, sin constar además si vive o ha muerto, y sin haber dejado representante.

En su concepto simple y elemental, la palabra *ausencia* es la falta de una persona, es la circunstancia de no estar alguien presente. Por tanto, y al aplicar el Art. 18 del Código Civil sobre la interpretación de la ley, en su numeral 2 nos señala que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras. Entonces, debe juzgarse como presupuesto para demandar a los subsidiarios, la ausencia tanto temporal como definitiva de los obligados principales.

Avalando este hecho, el sentido común nos señala que si por ausencia total o definitiva se puede demandar a los subsidiarios (por ejemplo la muerte del obligado principal); con mayor razón se lo puede hacer cuando la ausencia es temporal, (casos en que el obligado principal se encuentra en el extranjero). Así damos aplicación a la máxima latina del derecho a *maiori ad minus*, (quien puede lo más puede lo menos).

Una reciente consultoría solicitada por el Ministerio de Inclusión Económica y Social, cuyo objetivo era medir el impacto de la tabla de pensiones alimenticias mínimas (creación de reciente data, expedida por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia el 25 de septiembre del 2009, para ser reformadas en dos ocasiones, y cuyo objetivo es fijar el piso de las pensiones alimenticias), nos llamó la atención en torno a los obligados subsidiarios, colocamos un extracto de lo mencionado:

Se conoce que en las judicaturas es alto el índice de demandas rechazadas si no se justifica primero la imposibilidad de contactar al obligado principal. Es casi imposible demandar a un subsidiario porque para probar la ausencia del principal el juez exige publicación en un diario nacional y el costo es demasiado alto, no amerita ese gasto cuando las pensiones son tan bajas. Por otro lado, se cuestiona que en

estos casos los jueces no siempre aplican los distintos niveles de la tabla pues sólo se aplica el nivel más bajo aunque los ingresos sean superiores. Algunos de los jueces mencionan que siempre existió la responsabilidad de los alimentantes subsidiarios, sólo que ahora se facilitó la prueba pues se ampliaron las posibilidades para “saltarse” al principal. Desde los abogados patrocinadores, se menciona que los jueces aceptan demandas solo si se justifica plenamente la ausencia del principal, no aceptan declaraciones juramentadas como prueba pero tampoco han exigido publicaciones en la prensa. Destacan que es más fácil probar cuando el padre ha migrado porque sólo se pide el movimiento migratorio.

De estos criterios recogidos que determinan que en caso de ausencia temporal del obligado principal, debería demandárselo a éste con publicaciones por la prensa en caso de que se desconozca su domicilio o individualidad, posición que es clara y que no la rebatimos, siempre y cuando se demande al principal únicamente; pero esto en nada obstruye el hecho de que el accionante prefiera demandar a los obligados subsidiarios, señalando y comprobando esta ausencia del principal, mediante otros medios, y así proseguir la causa, lo cual no significa “saltarse” al principal sino ampararse en la ley para demandar pensión alimenticia a los subsidiarios obligados.

Importante es destacar el criterio de Farith Simon, quien nos ayuda sobre el particular la obligación se transfiere o se comparte con el siguiente grupo cuando se da alguna de las condiciones señaladas en la norma: falta (entendida como ausencia temporal o definitiva de la persona obligada); impedimento (debe entenderse que es un impedimento de hecho, por ejemplo una enfermedad por la que no pueda asumir la obligación, la privación de la libertad, o un impedimento legal como la interdicción por demencia, etc.); e insuficiencia de recursos (que no permita cubrir las necesidades del menor de edad).

Entonces, para que opere la demanda en contra de los subsidiarios se requiere: Comprobar fehacientemente la ausencia o los otros hechos enunciados en la ley, del obligado principal. Esta comprobación debe hacerse al momento de presentar la demanda, no después, ni en la audiencia única. En parte es sano fijar desde un inicio esta prueba, para que la demanda contra los subsidiarios pueda prosperar, porque llegar a la audiencia única y no demostrar la ausencia, impedimento, insuficiencia o

discapacidad del obligado principal, haría ineficaz toda la demanda, provocando un desgaste innecesario en la utilización de la administración de justicia. El Capítulo I, literal b) del Acuerdo Nacional de Buenas Prácticas para la aplicación de la Ley Reformatoria al Título V, libro Segundo, “del derecho a alimentos”, del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, aprobado por el Pleno del Consejo de la Judicatura y creado como una guía para viabilizar la Ley Reformatoria, confirma nuestra posición: En cuanto al inciso segundo del Art. innumerado 5, se estima que la actora con la presentación del formulario, deberá dar estricto cumplimiento a la comprobación (ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad del padre o madre demandado-a), utilizando para ello los medios probatorios previstos en el Código Adjetivo Civil y/o Ley Notarial (Información Sumaria, Declaración Juramentada, movimiento migratorio, etc.), a fin de viabilizar que la prestación de alimentos sea pagada o completada por los obligados subsidiarios, bajo prevenciones de abstención y/o archivo.

De otro lado se debe tomar en cuenta que, si la actora al presentar el formulario de demanda no reclama en sus pretensiones a los obligados subsidiarios ni pide se los cite, no procede que éstos sean los que cumplan con el pago de los alimentos, atento lo dispuesto en el Art. innumerado 22.

Reafirmando lo dicho en líneas precedentes: se debe probar primero la situación de los obligados principales, bajo prevención de abstención o archivo de la causa; sólo así se puede accionar a los subsidiarios; de igual manera se debe solicitar y consignar en el formulario la citación de los subsidiarios para que ejerzan su derecho a la defensa. Dicho requisito se correlaciona con el Art. Innumerado 23 de la Ley Reformatoria al CNA que ordena que para otorgar el apremio personal de los obligados subsidiarios, debe habérselos citado primeramente con la demanda de alimentos.

1.9 .-Obligados a la prestación de los alimentos

Analicemos el texto del Art. 131 del Código de la Niñez y Adolescencia ya derogado:

Art. 131.- Situación de los presuntos progenitores.- El Juez podrá obligar al pago de prestación de alimentos en favor de un niño, niña o adolescente, a una persona cuya paternidad o maternidad no han sido legalmente establecidas, de acuerdo con las siguientes reglas:

La prestación provisional de alimentos, podrá ordenarse desde que en el proceso obren indicios suficientes, precisos y concordantes que permitan al Juez fundamentar una convicción sobre la paternidad o maternidad del demandado o demandada.

Sin perjuicio de la utilización de otros medios de prueba que científicamente sean idóneos para demostrar la paternidad y en tanto ellos no sean utilizados, para la fijación de la prestación definitiva, el Juez dispondrá, a petición de parte, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) del derechohabiente y del o la demandada. Si el resultado es positivo, en la misma resolución que fije la prestación de alimentos definitiva, el Juez declarará la paternidad o maternidad del o la demandada y dispondrá la correspondiente inscripción en el Registro Civil.

Cuando el demandado se niega injustificadamente a someterse al examen señalado en este artículo, el Juez le hará un requerimiento para que lo practique en el plazo máximo de diez días, vencido el cual, si persiste la negativa, se presumirá la paternidad o maternidad y el Juez procederá como en el caso de resultado positivo del examen.

Para el caso del presunto progenitor existió una contrariedad en cuanto a determinar si al demandado, quien por su negativa no se realizaba la prueba del ADN, se le debía declarar padre del alimentario, pues ciertos abogados, mantenían el argumento de que la Ley Reformatoria al CNA “eliminó” lo previsto en el derogado Art. 131 numeral 3 del Código de la Niñez, que prevenía: cuando el demandado se

niega injustificadamente a someterse al examen señalado en este artículo, el Juez le hará un requerimiento para que lo practique en el plazo máximo de diez días, vencido el cual, si persiste la negativa, se presumirá la paternidad o maternidad y el Juez procederá como en el caso de resultado positivo del examen.

La controversia se suscitó al momento en que la Ley Reformatoria no menciona nada sobre cómo actuar cuando hay negativa del demandado a realizarse el examen, pues se eliminó la frase *el Juez procederá como en el caso de resultado positivo* es decir, la ley supuestamente ya no le otorga al Juez la facultad de obrar como en caso positivo de ADN, y así declarar la paternidad o maternidad del o la demandada y de disponer la correspondiente inscripción en el Registro Civil.

El Juez/a fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente establecida, de acuerdo con las siguientes reglas:

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

De igual manera, y como argumento jurídico constitucional valedero debemos tomar en cuenta lo dispuesto en el Art. 11 numeral 8 de la Constitución del Ecuador, que sobre el ejercicio de los derechos señala su desarrollo progresivo, es decir creciente, gradual, paulatino, al mismo tiempo que declara que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. Ergo, si la anterior regulación determinaba que en caso de negativa se procedía a declarar la paternidad y disponer la inscripción, mal podría el Juzgador causar regresividad de dicho derecho, y no declarar la paternidad alegando falta de norma jurídica o negar su reconocimiento, pues los derechos son plenamente justiciables. Por tanto, el Juzgador, al ser aplicador directo de las normas constitucionales, deberá invocar esos argumentos a fin de cumplir con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y hacer efectiva su

vigencia, sobre todo el derecho de identidad y de su nombre plasmado en el Art. 44 de la Norma Normarum.

Característica del principio de progresividad es la irreversibilidad, entendida como la imposibilidad de que se menoscabe una protección ya acordada, ya creada, lo cual se reconoce para todos los derechos humanos. Este principio constituye además una consecuencia del criterio pro homine de conservación o no derogación del régimen más favorable por lo que, el expedir alguna medida legislativa tendiente a retrotraer un derecho ya reconocido o desmejorar una situación jurídica favorable, constituiría a leguas la afectación de este principio pues, para el caso, se estaría perturbando el derecho fundamental a la identidad del niño, niña y adolescente al no declararse la paternidad del presunto progenitor.

Fue ya en pocos meses posteriores que dicha dificultad fue zanjada por el Acuerdo Nacional de Buenas Prácticas para la aplicación de la Ley Reformatoria al CNA, en cuyo Capítulo literal f) y en relación al tema analizado señaló: la reforma legal sigue la tesis de que la no comparecencia al examen del ADN es un indicio en contra del demandado, conducta renuente que obliga al juez a declarar en sentencia la paternidad.

En resumen, sobre este punto la ley reformativa generó tensiones ya que este dilema de establecer o no la paternidad por no comparecer a realizarse el examen de ADN afectó en la práctica procesal, por cuanto solamente se fijaba una pensión y no se declaraba la paternidad. Con la ayuda del Acuerdo de Buenas Prácticas así como el análisis de la progresividad de derechos se avanzó en el tema de declarar la paternidad por renuencia del demandado.

Sobre la suficiencia de la prueba de ADN para afirmar o descartar la paternidad o maternidad, también se ha generado conflictividad, y no solo ahora, sino desde años atrás, pues al no obtener resultados "*previstos o queridos*", los accionantes o los demandados al estar disconformes, solicitan nuevamente la práctica de otro examen comparativo, aduciendo múltiples argumentaciones: que no se hizo en presencia de autoridades, o que las muestras no fueron tomadas por el perito, motivaciones sin fundamentos y carentes de todo asidero, que realmente abundan en los Juzgados de

Niñez.

Primero partamos de la idea de que si el resultado fuere positivo, el demandado no puede argüir justificación alguna, pues la lógica simple y el sentido común nos dice que no son nitres ni dos, sino sólo una persona padre biológico de un hijo. Segundo particular: si alguna de las partes argumenta el incumplimiento de las condiciones previstas la ley (los peritos no son calificados, no se comprobó la identidad de la persona a la que se toma la muestra, no se lo hizo en presencia de la Autoridad o su delegado, etc.), le corresponde a él la carga de la prueba. Pero claro está, esa impugnación no está supeditada a tiempo indefinido, término que si bien no lo estableció la ley, si lo hizo el Acuerdo Nacional de Buenas Prácticas: Con relación al Art. Innumerado 13, parte final cualquier reclamación procede si se la realiza dentro de 3 días de haberse practicado el examen de ADN, ya que no puede ser impugnado el mismo una vez conocido el resultado.

Este coto realmente se lo considera sano y un progreso, pues no se justifica la realización de otra prueba, después de conocer el resultado, pues las alegaciones violatorias al ser anteriores, deben exponerse en su momento oportuno y ser comunicadas al Juzgador, más ya teniendo el resultado y al ver que no fue *lo que se quería o esperaba*, la impugnación simplemente se transforma en una dilación o una excusa que no es admitida por la ley.

¿Qué pasaría si existe acuerdo de las partes en realizarse otro examen de ADN, en otro laboratorio, pese a que ya existe uno practicado y no impugnado? La ley expresamente señala que no será admitida la dilación de la causa a través de la petición de nuevas pruebas, con la única salvedad del incumplimiento de las condiciones previstas en la ley. Siendo así, no habría posibilidad para el Juzgador el conceder la práctica de otra prueba, pues es suficiente la ya realizada. Opiniones se han vertido sobre el tema señalando que al ser dispositivo el proceso de alimentos, al no haber controversia por la petición conjunta de otro examen, y adicionando el hecho que no se está dilatando la causa, debería concederse un nuevo examen. Se deja aquí planteada esta cuestión que puede ser materia de análisis para otra investigación.

1.10 Situación de la denominada Ayuda Prenatal.

En Ecuador, dentro del Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia existe el Título VI que no entró en la reforma del 2009, y que otorga el derecho a la mujer embarazada para solicitar alimentos, título corto con apenas tres artículos, del Art. 148 al 150 del Código de la Niñez y Adolescencia. En tal razón, esta denominada ayuda prenatal -llamada así por el Código de Menores de 1992- puede ser ejercida desde el momento de la concepción. Quien es titular del derecho es la mujer embarazada.

¿Cuáles fueron los dilemas en torno a este derecho? En primer lugar se planteó si era posible demandar a subsidiarios en este tipo de juicio. La respuesta se la responde del mismo texto del Art. 149 del CNA que remite a las demás personas indicadas en el Art. 129 (que señala los obligados de la prestación de alimentos), por lo que la respuesta es que si cabe demandar a los subsidiarios.

También se generó dudas en torno a la posibilidad de declarar la paternidad en este tipo de juicio, siendo la respuesta también afirmativa pues no es necesario incoar un ulterior juicio de alimentos para solicitar también la paternidad. Cosa distinta es que en la práctica, los juzgadores no declaren tal paternidad existiendo ya un examen válido de ADN que la determina.

Más tensionante aún fue el determinar qué procedimiento darle a este tipo de juicio, el contencioso general o el especial de la Ley Reformativa, tomando en cuenta que en el uno se practicaban dos audiencias (de conciliación y de prueba) y en el otro una sola audiencia (definitiva). Otra vez más, la ayuda provino del Acuerdo Nacional de Buenas Prácticas cuya conclusión séptima determinó:

En los juicios cuya pretensión es la fijación de pensión alimenticia para mujer embarazada, por el reenvío que hace el Art. 150 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, se debe aplicar el procedimiento constante en la reforma, esto es, fijar la pensión provisional en el auto de calificación de la demanda, en aplicación de las disposiciones constitucionales.

Por tanto en los juicios de alimentos para mujer embarazada se debe calificar la demanda y fijar la pensión provisional, y en audiencia única fijar la pensión definitiva, tal como en los juicios de alimentos, situación que también es un avance para la consecución pronta de una resolución. Para finalizar al remitirnos expresamente el Art. 150 del CNA a las normas sobre el derecho de alimentos en favor del hijo o hija, también el Juez deberá aplicar para la fijación, la tabla de pensiones alimenticias mínimas.

CAPITULO II : RESOLUCIONES Y COSA JUZGADA

2.1 .-Resoluciones Judiciales, Concepto y Clasificación.

Las resoluciones judiciales podemos definir las como todo acto que emana del tribunal destinado a substanciar o a fallar la controversia materia del juicio. Se entiende que la clasificación por su naturaleza jurídica, distingue entre sentencias definitivas, sentencias interlocutorias, autos y decretos.

Sentencia Definitiva.- Es sentencia definitiva la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio. Esta a su vez se divide en las siguientes:

Sentencia interlocutoria.- La que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria.

Auto resolutorio.- Que recae en un incidente no comprendido en el inciso anterior.

Decreto, providencia o proveído.-El que, sin fallar sobre incidentes o sobre trámites que sirvan de base para el pronunciamiento de una sentencia, tiene sólo por objeto determinar o arreglar la substanciación del proceso.

Existe la dificultad práctica que se produce en algunos casos para distinguir entre unas y otras resoluciones, y el hecho de que hay ciertas resoluciones que no son posibles de encasillar dentro de ninguna de las categorías antes mencionadas, señalándose como ejemplo clásico, aquella que resuelve el recurso de casación.

En relación a la dificultad para distinguir entre las distintas clases de resoluciones, conocida es ya la situación de incertidumbre existente a la hora de diferenciar las sentencias interlocutorias de los autos.

Como ya mencionamos antes, es sentencia interlocutoria la que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria.

En relación al auto, y tomando en cuenta que el código lo define por oposición a las propias sentencias interlocutorias, podríamos entenderlo como aquella resolución que falla un incidente del juicio, sin establecer derechos permanentes a favor de las partes.

El problema que se da para distinguir entre estas dos resoluciones, se produce justamente en relación a la idea de “derechos permanentes para las partes. Así cabe entonces preguntarnos ¿Cuándo se establecen derechos permanentes para las partes y cuándo no?

Esta pregunta se ha venido planteando especialmente respecto de la resolución que desecha el abandono del procedimiento. ¿Qué carácter tiene esta resolución? ¿Se trata de una sentencia interlocutoria o es simplemente un auto?

Cabe señalar que el determinar esta situación no obedece sólo a un afán de ordenación, sino que tiene una importancia capital a la hora de determinar los recursos que proceden ante una determinada resolución, con las consiguientes dificultades para las partes a la hora de intentar hacer efectiva su pretensión.

En este mismo sentido, algunos tribunales, partiendo de la base del principio de inexcusabilidad y de la idea de que emplazado que sea el demandado, ligado queda el tribunal, lo que quiere decir que recae sobre él la carga de conocer y resolver en decisión final, han señalado que la resolución que rechaza el abandono del procedimiento no establece derechos permanentes para las partes, puesto que el derecho que tiene el demandante a continuar con el procedimiento hasta su extinción, no ha surgido en razón del incidente que se formuló, sino que, con el solo emplazamiento de la parte demandada, el Tribunal ha quedado obligado a conocer y resolver la controversia.

En el sentido opuesto, la Corte de Suprema ha entendido que cuando se rechaza el abandono al procedimiento se otorga a las partes el derecho de no verse expuestas a tener que renovar la discusión sobre el mismo punto y bajo idénticos supuestos de hecho, ello puesto que si el juez al analizar los supuestos jurídicos o fácticos del incidente, decide rechazarlo, reconocerá al demandante el derecho a mantener vigente el juicio, y al demandado, a persistir en la defensa de sus intereses.

Ante estos argumentos, podemos ver que la opinión de la Corte Suprema no parece ser tan sustentable, en oposición a los argumentos contrarios, puesto que no se aprecia que dicho tribunal razone en acerca de un derecho propiamente tal, como sería el derecho de acción, sino de las circunstancias que puede envolver el ejercicio de dicho derecho, como sería el renovar la discusión sobre un punto determinado.

De todas formas, vemos que la gran mayoría del análisis que se realiza sobre esta situación, se da en torno a la posibilidad de entablar o no el recurso de apelación y reposición en contra de dicha resolución, cosa que dice directa relación con uno de los efectos propios de las resoluciones judiciales, esto es, el resarcimiento del tribunal.

Y claro, si entendemos que una resolución determinada corresponde a una sentencia interlocutoria, una vez notificada ésta, el tribunal que la dictó perderá totalmente la posibilidad de seguir conociendo la cuestión debatida, sin poder alterar o modificar la resolución que la falla, debiendo entonces, la parte agraviada, proceder a entablar el recurso de apelación para poder optar a obtener una resolución distinta. En cambio, si se tratara de un auto, el efecto del desasimiento no se produce, y el juez que la dictó podrá modificarlo o dejarlo sin efecto, en cualquier tiempo, si se presentan nuevos antecedentes, o dentro de cinco días, si ellos no se presentan.

Cabe tener presente, además, que por regla general, el recurso de apelación no procede respecto de los autos, de modo que la reposición se presentará en esos casos como el único medio de impugnación.

Esta situación provoca una profunda falta de certeza jurídica que ha llevado a que al final se prescinda de intentar dilucidar claramente cuál es la naturaleza jurídica de

la resolución, procediéndose a interponer el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, con el objeto de evitar eventuales desestimaciones de uno u otro recurso. Si bien esto fue aceptado por un largo tiempo, actualmente tanto algunos tribunales de primera instancia como de segunda han optado por declarar improcedentes ambos recursos como un castigo a la falta de rigor jurídico al decidir qué recurso intentar, aunque ello atente contra el derecho de las partes para que se revisen las resoluciones que no se ajustan a derecho o a los antecedentes fácticos que las sustentan.

Lo propio ocurre también con la posibilidad de entablar el recurso de casación, que procede contra sentencias definitivas y contra sentencias interlocutorias que ponen fin al procedimiento o hacen imposible su continuación.

Las resoluciones judiciales se denominarán sentencias definitivas, sentencias interlocutorias y decretos.

Es sentencia definitiva la que pone fin a la instancia o recurso, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio o del respectivo recurso deducido en contra de una sentencia definitiva.

Es sentencia interlocutoria la que falla un incidente del juicio, se pronuncia sobre un recurso deducido en contra de una resolución diversa a una sentencia definitiva o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria.

Se llama decreto, providencia de mera sustanciación o proveído las que tienen por objeto dar curso progresivo al procedimiento, sin distinguir ni prejuzgar ninguna cuestión debatida entre partes.

Así vemos que al final se optó por eliminar a los autos de la clasificación de las resoluciones judiciales, y por entender que son sentencias interlocutorias aquellas que fallan cualquier incidente del juicio, se pronuncian sobre un recurso deducido en contra de una resolución diversa a una sentencia definitiva o resuelven sobre algún

trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria.

Con esto se da una solución final al problema de la determinación de la naturaleza jurídica de la resolución que rechaza el abandono del procedimiento, puesto que en definitiva, cumpliéndose los requisitos correspondientes, se podrá recurrir de apelación para impugnar dicha resolución.

Por medio de una sentencia interlocutoria se puede poner fin al procedimiento o hacer imposible su continuación. Y contra dicha sentencia, de acuerdo a lo mencionado anteriormente, cabrá interponer, primero que nada, la reposición. Si ella no se falla de acuerdo a los intereses de alguna de las partes, cabrá apelación. Y si ella tampoco se adecua a lo que se busca, y cumpliéndose con los requisitos que corresponda.

Según nuestro ordenamiento civil, establece que las resoluciones judiciales son: Autos, Decretos y Sentencias Sección Octava Art.272, al 276 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano.

En la doctrina procesal española, se habla de providencias, autos y sentencias, señalando que las primeras se refieren a la ordenación material del proceso; los autos, se les denomina cuando decidan contra providencias, cuestiones incidentales y sentencias cuando decidan definitivamente el pleito o causa.

Nuestro Código de Procedimiento Civil en sus artículos siguientes señala específicamente todo lo referente a resoluciones: Art. 271.- (Reformado por la Disposición Reformativa segunda, núm. 3 de la Ley s/n, R.O. 544-S, 9-III-2009).- Decreto es la providencia que la jueza o el juez dicta para sustanciar la causa, o en la cual ordena alguna diligencia.

Los decretos sobre puntos importantes de sustanciación, como los de pago, prueba y otros semejantes, y los que puedan perjudicar los intereses de las partes o influir en la decisión de la causa, se considerarán como autos.

Art. 273.- La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella.

Art. 274.- En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal.

Art. 275.- Los decretos, autos y sentencias expresarán con claridad lo que se manda o resuelve; y en ningún caso se hará uso de frases obscuras o indeterminadas como ocurra a quien corresponda, venga en forma, como se pide, etc.

Art. 276.- En las sentencias y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión.

No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda instancia y de casación, por la mera referencia a un fallo anterior.

Respecto de la sentencia se dice de manera ajena que es el acto final de un proceso que se ha desarrollado de forma normal en todos sus pasos y dicho proceso va proyectado, y destinado precisamente a dar por terminado un conflicto. Es decir es un acto aplicador de la ley sustantiva que pone fin a un caso particular y controvertido, dándole una solución para dirimir dicho conflicto.

Según Eduardo Couture, la sentencia puede ser analizada desde tres puntos de vista: como un acto jurídico, como hecho jurídico y como documento. El análisis se reduce a dos enfoques: al de la sentencia como acto jurídico y como documento; pero como documento simplemente en cuanto a que este es la cosa material en donde se plasman los conceptos y las ideas. La sentencia puede un momento dado estar contenida en un documento, pero no necesariamente. Hacer referencia a algún documento es aludir al papel en el cual se materializa el sentido de la sentencia.

2.2 .-Requisitos formales y materiales de la sentencia

Requisitos Formales.-Los actos procesales en general revisten formalidades, bajo estas circunstancias, la sentencia, como acto decisorio del fondo del asunto, también requiere de ciertas formalidades que son como señaladas por la ley adjetiva.

La estructura de la sentencia incluye por ejemplo: estar redactada, como todos los documentos y resoluciones judiciales, la indicación del lugar, fecha y juez o tribunal que la dicte; los nombres de las partes contendientes y el carácter con que litigan y el objeto del pleito; las fechas en cantidades escritas con letras, no contener raspaduras ni enmiendas, por lo que, en caso de error, deberá ponerse sobre las frases o palabras equivocadas una línea delgada que permita su lectura y salvarse el error al final con toda precisión; estar autorizada con la firma entera de los magistrados que dictaron la sentencias.

Requisitos Sustanciales.-Los requisitos sustanciales de las sentencias se dividen en tres tipos: congruencia, motivación y exhaustividad.

Congruencia: Consiste en una correspondencia o relación lógica entre lo aducido por las partes y lo considerado y resuelto por el tribunal.

El principio de congruencia orienta al juzgador quien deberá guardar la identidad jurídica entre lo resuelto en la sentencia y las alegaciones planteadas.

En consecuencia, el tribunal deberá fallar de conformidad con lo alegado y probado por las partes (*secundum allegata e probata*). El Tribunal no conoce otros hechos fuera de los que las partes invocan, ni otras pruebas que las que éstas presentan. Su sentencia debe fijarse dentro de los límites de las pretensiones deducidas por el actor y aquello que reconoce o controvierte el demandado; si va más allá, será *ultra petita* o *extra petita* (según resuelva más de lo pedido o fuera de lo pedido) y esto no es admisible en el proceso dispositivo.

En otras palabras la congruencia puede encerrarse en una ecuación jurídica, teniendo en un extremo lo resuelto en la sentencia y por el otro el objeto de debate. Según la doctrina procesal, la congruencia es considerada como requisito sustancial de la sentencia que en caso de omitirse genera la posibilidad de utilizar algún medio de impugnación.

La necesidad de admitir a la congruencia como parte integrante e indispensable de las resoluciones judiciales, ha provocado su aceptación por la jurisprudencia.

Para el efecto, y siguiendo a Fernando De la Rúa, podemos identificar presupuestos externos y requisitos internos del fallo. Los primeros son presupuestos procesales como la existencia del tribunal legítimamente constituido; la intervención de las partes, en especial del imputado, garantizando su derecho a la defensa y al debido proceso; y la existencia de una cuestión propuesta o pretensión. A estos habría que adicionar ciertos presupuestos sentenciales, referidos a la existencia de un procedimiento previo, válido y completo por su forma y grado.

Los requisitos internos del fallo, en cambio, tienen que ver con el contenido, la oportunidad y la forma.

En relación al contenido tenemos:

Resolución de todas las cuestiones esenciales objeto del proceso: Lo que significa que el juez debe decidir todas las cuestiones que le hayan sido sometidas por las partes, lo mismo que las cuestiones que la propia ley considera esenciales, y por tanto no debe obviar ningún asunto de los que deban ser resueltos necesariamente (mínima petita). En este sentido, la consideración de cada cuestión debe ser expresa, aunque la decisión puede ser expresa o implícita. Puede decidirse de manera implícita cuando la cuestión queda desestimada en la motivación y pierde influencia sobre el sentido del fallo. Sin embargo, las cuestiones esenciales principales deben ser específicamente resueltas.

De la Rúa adiciona a éstos, el elemento volitivo, que implica que el juez debe gozar de plena libertad en el ejercicio de su función, y su voluntad debe ser

libremente adoptada.

En nuestra opinión, sin embargo, este requisito más que de contenido, debería considerarse como presupuesto procesal, pues se trata de un requisito del juez, no de la sentencia, y por ende, así como la integración legítima del tribunal, consideramos que, la libre voluntad del magistrado es una condición externa en relación a la oportunidad, el juez debe pronunciar sentencia dentro de los términos establecidos. La importancia de este requisito depende de los efectos que contemple la ley procesal, pues hay legislaciones que prevén la pérdida de competencia. En el caso de la ley procesal ecuatoriana, encontramos disposiciones interesantes en este sentido; así el artículo 203 de la Ley Orgánica de la Función Judicial dice: “Si una causa llegare al estado de resolución, y las partes hubieren satisfecho los valores legales necesarios para su despacho, transcurridos dos meses sin que la resuelva, cualquiera de las partes podrá pedir que el juicio pase a la Sala de Conjuces, para que dicte la resolución dentro de igual término, contado desde que se les notifique el llamamiento...”. (Código Orgánico de la Función Judicial Publicado en el Registro Oficial Suplemento, Registro Oficial N° 544. Lunes 9 de Marzo del 2009).

Concordantemente, el artículo 17 de la Ley de Casación señala que:

“La Sala correspondiente de la Corte Suprema de Justicia, despachará el recurso en el término de noventa días más un día por cada cien fojas, luego de lo cual a solicitud de parte, el recurso podrá ser remitido a la Sala de Conjuces que deberán despacharlo necesariamente en el término antes indicado”. Sin embargo, en nuestro caso, estos términos no son perentorios, ni precluye la competencia del juez, por lo cual, son disposiciones que, por lo general, su inobservancia, no produce mayor efecto.

En cuanto a la forma, el mismo autor, distingue los relativos a la forma externa como la documentación, publicidad y comunicación de la sentencia; de los que tienen que ver su forma interna o estructura formal, que se detallan a continuación:

a) Individualización de las partes procesales: Tiene que ver con la identificación de los sujetos, de manera que no quede duda en cuanto a su identidad.

b) Enunciación de las pretensiones: Debe sintetizar los elementos esenciales que constituyen las pretensiones de las partes, así como las demás cuestiones esenciales que deban ser materia de consideración y decisión.

c) Motivación: Consiste en la obligación del tribunal de expresar los motivos, razones y fundamentos de su resolución.

Es indispensable que los funcionarios judiciales expliquen con razonamientos lógicos y fundamenten en la legislación sus decisiones a menos que sean simples órdenes para el impulso del proceso. La motivación debe expresar los fundamentos de hecho y derecho en que se sustenta la decisión.

Fijando como regla general que en todas las resoluciones excepto los decretos se expresarán los razonamientos facticos y jurídicos que conducen a la fijación de los hechos, y en su caso la apreciación y valoración de las pruebas, entre otras exigencias.

d) Exhaustividad: Es consecuencia necesaria de los principios anteriores. En efecto, una sentencia es exhaustiva en la medida en que haya todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes, sin dejar de considerar ninguna. Es decir, el tribunal al sentenciar debe agotar todos los puntos aducidos por las partes y referirse a todas y a cada una de las pruebas rendidas.

2.3 .- Cosa Juzgada

Según el Diccionario jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, cosa juzgada proviene del latín “res judicata”. Por lo tanto vamos a entender por cosa juzgada la autoridad y eficacia que adquiere una sentencia judicial, una vez firme, y que implica la presunción de que lo en ella resuelto se tenga como verdadero y no modificable quiere decir que planteada la controversia ante el competente juzgado o tribunal, y una vez cumplidas las respectivas fases procesales, se dictará la sentencia que será favorable o desfavorable a la pretensión del actor. Una vez haya sido aceptada o ejecutoriada dicha sentencia adquiere la calidad de cosa juzgada aclarando que este concepto se refiere a procesos contenciosos exclusivamente, para algunos autores, pero para otros se alarga a diligencias voluntarias. Naturalmente, varios autores se han preocupado por dar un concepto de "Cosa Juzgada", así tenemos: Para Eduardo Couture: "Es la autoridad o eficacia de una sentencia judicial cuando existe contra ellos medios de impugnación que permitan modificarla" (**Eduardo J. Couture**; “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” ed. Depalma; pág. 400). Según Hans Kelsen: "Es la inmutabilidad de las normas individuales, carácter que les reconoce a las sentencias judiciales". Estos no son los únicos apuntes que da la doctrina, sólo es un marco de referencia que nos ilustra en que consiste el tema en cuestión, lo que se puede destacar de estos conceptos en esencia es la característica de inmutabilidad, pues a pesar que la ley procesal de familia confiere una serie de recursos para impugnar una sentencia, debemos reconocer que la autoridad de cosa juzgada nos evita la incertidumbre jurídica sino que por el contrario debe existir un efecto de verdad inamovible reconocida por la ley.

2.4 .-Ubicación de la Cosa Juzgada

Es una controversia el hecho de que la cosa juzgada es una institución del derecho de fondo, o si por el contrario se debe incluir como parte del derecho procesal.

Dicha duda pudo surgir sobre la idea que existía un derecho sustancial y un derecho adjetivo como accesorio de lo sustantivo, carente de autonomía y tomado como un instrumento negándosele la existencia de instituciones propias.

Actualmente se considera al derecho procesal como un derecho autónomo, poseedor de su propia estructura.

Muchos autores coinciden en que la cosa juzgada como tal se debe ubicar en el derecho procesal.

La cosa juzgada pertenece esencialmente al derecho de fondo, y un Código Civil no puede dejar de contemplarla, defendiendo la postura que en lo referente a la existencia de derechos, sus efectos, alcances, modalidades, etc., son materia exclusivamente de los Códigos de Fondo.

Sin embargo, a nuestro criterio no se le puede desconocer el carácter eminentemente procesal y como lo menciona Hugo Rocco "la fijeza y estabilidad de las relaciones jurídicas sustanciales, son por tanto, el efecto normal y característico que la cosa juzgada produce en el campo de las relaciones jurídicas sustanciales". (Rocco, Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo II, pág. 313).

El contenido eminentemente procesal de la cosa juzgada se forma en ocasión del proceso y dada la importancia y magnitud, proyecta sus efectos al derecho sustancial, las decisiones tomadas por el juzgador al momento de resolver la controversia en cuestión, cobra su materialidad no en el campo procesal sino salvaguardando los derechos contemplados en el derecho sustancial.

A) Cosa juzgada formal. - Es la que se actualiza cuando no hay posibilidad que una determinada decisión judicial sea recurrida por algún recurso legal; dicho de otra manera, es la que genera la improcedencia o cierre de los recursos contra una resolución judicial.

Los efectos de esta clase de cosa juzgada se generan únicamente dentro del proceso en el que se ha dictado la sentencia, por ello tiene un carácter limitado, ya que sus efectos podrían desaparecer en un proceso distinto a aquel en que se actualizó. La cosa juzgada formal se refiere al interior de un proceso en general, que es determinado e identificable, esto es individualizado.

B) Cosa juzgada material.- Es la que hace posible que una sentencia o resolución judicial sea prácticamente inatacable a través de un nuevo juicio, eliminando cualquier posibilidad de modificación o alteración a los contenidos de la resolución que es objeto de la cosa juzgada. Esto hace posible que los efectos de la sentencia que se convirtió en cosa juzgada, tengan vigencia en el juicio de donde proviene y en cualquier otro proceso futuro, ya que su eficacia es total.

La cosa juzgada material se refiere a las relaciones de un proceso ya resuelto; de vincular a otro proceso en curso; causa un efecto exterior al primer proceso. La cosa juzgada (del latín *res iudicata*) es el efecto de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla (sentencia firme) y que se traduce en el respeto y subordinación a lo decidido en un juicio. Por ello también se le define como la fuerza que atribuye el derecho a los resultados del proceso. Habitualmente se utiliza como un medio de defensa frente a una nueva demanda.

Eduardo Couture: "Cuando una sentencia no puede ser ya objeto de recurso alguno, pero admite la posibilidad de modificarlo en un procedimiento posterior, se está en presencia de una situación de cosa juzgada formal". (Couture, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil, pág. 406)

Estos son solo algunos ejemplos de los conceptos dados, lo que vemos en coincidencia es que los autores refieren la no posibilidad de impugnar la sentencia pero quedando referido al mismo proceso, en que se dicta la sentencia, sin embargo, si existe la posibilidad de modificar dicha sentencia pero en un proceso posterior.

Eventualmente da paso a que una sentencia pueda adquirir la calidad de cosa juzgada material.

Así pues veremos que la cosa juzgada formal es inimpugnable pero no inmutable o no admite recurso, pero se puede modificar mediante nueva sentencia pronunciada en un nuevo proceso, porque las impugnaciones fueron posibles, pero no fueron utilizadas por la parte interesada.

2.5 .-La cosa juzgada en el derecho de familia

Como lo hemos mencionado anteriormente, la cosa juzgada recae en toda sentencia derivada de un juicio contencioso o extra contencioso, una vez que haya sido consentida o que haya sido agotada la posibilidad de impugnarla por los medios que la ley concede. Por tanto, no se hace referencia a ninguna excepción; es decir, que como sabemos el derecho de familia es un derecho social y es parte del orden público, ni siquiera por esta característica, puede utilizarse como excepción es decir, no se puede usar como fundamento para no respetar la calidad de cosa juzgada.

Queda una interrogante: Determinar si la cosa juzgada tiene un carácter absoluto o relativo, en otras palabras si las sentencias de estado con autoridad de cosa juzgada, extiende sus efectos, ya sea a favor o en contra de toda persona o sólo queda circunscrita a quienes fueran parte en el juicio y en sus derechohabientes. La teoría que sostiene el carácter absoluto (Erga Omnes) de la cosa juzgada se basa en las siguientes razones: a) En primer lugar se hace hincapié en el carácter indivisible del estado y a la lógica común más elemental; b) En segundo, lugar se trata de un hecho objetivo independientemente de las partes en litigio. Se agrega la convivencia para el orden y seguridad de la sociedad y saber con certeza si una persona goza de tal o cual estado; de lo contrario, las relaciones con los terceros y con el propio Estado se tornarían inciertas. Además sería un riesgo que varios tribunales o juzgados que resolvieran una misma cuestión se pronunciarían de forma contradictoria.

El carácter relativo de la cosa juzgada se explica de la siguiente forma: no se observa en las sentencias de estado características particulares que la aparten de la regla común; si bien el estado es único e indivisible no impide que sus efectos puedan dividirse, el derecho de cada persona a conocer a ciencia cierta su propio estado no puede ser cercenado; el argumento referido a la posibilidad de sentencias contradictorias se les considera poco firmes porque en la práctica va ser muy difícil dar con pronunciamientos encontrados sobre el estado de una persona.

En una posición intermedia pues no se puede negar el carácter absoluto de la

cosa juzgada, pero no debe olvidarse la relatividad de las características propias de cada proceso, ya que en materia de familia se encuentran sentencias que adquieren la calidad de cosa juzgada, pero sin embargo dentro de una misma sentencia pueden existir puntos que no podrán pasar a tener dicha calidad y por ende pueden ser modificados. Por ejemplo: el caso que se dicte sentencia de divorcio en una pareja con hijos y en dicha sentencia se acuerde la pensión alimenticia para los descendientes. El divorcio adquiere la calidad de cosa juzgada, más el punto de la pensión alimenticia no podrá adquirir esa calidad ya que puede ser susceptible de modificación o sustitución como lo establece.

**CAPITULO III: LA INTERDICCIÓN E INHABILITACION COMO EXCEPCIÓN DE COSA
JUZGADA EN EL JUICIO DE ALIMENTOS.**

3.1 .-Nuestra legislación ecuatoriana, y jurisprudencia

En los juicios por interdicción o inhabilitación, en el Art. 467 cc, se decide que podrá el juez, a virtud de los informes verbales de los parientes o de otras personas, una vez oídas las explicaciones del supuesto disipador, decretar la interdicción provisional. Este decreto deberá inscribirse en el libro correspondiente del Registrador de la Propiedad, y notificarse al público por un periódico del cantón, si lo hubiere, y por carteles que se fijarán en tres, a lo menos, de los parajes más frecuentados del cantón reduciendo a expresar que tal individuo, designado por su nombre, apellido y domicilio, no tiene la libre administración de sus bienes.

Aplicando la normativa legal vigente, la inhabilitación o interdicción se podrá otorgar al disipador, ebrio consuetudinario, toxicómano, demente y sordomudo.

La declaración de incapacidad por demencia son aplicables, en lo pertinente, a los procesos de declaración de incapacidad por sordomudez, este proceso se apertura con la petición de declaratoria de demencia de las siguientes personas en los grados que establece la ley como preferencia; 1º) El esposo o esposa no divorciados; 2º) Los parientes del demente; 3º) El ministerio de menores; 4º) El respectivo cónsul, si el demente fuere extranjero; 5º) Cualquier persona del pueblo, cuando el demente sea furioso o incomode a los vecinos.

Tales personas deben presentarse ante el juez competente exponiendo los hechos y acompañando certificados de dos médicos relativos al estado mental del presunto insano y su peligrosidad actual.

La Declaración de Sordomudez al que no sabe darse a entender por escrito y, en su caso, para la cesación de esta incapacidad debe seguirse el trámite de incapacidad por demencia en el supuesto de que, comprobado que aquel no puede expresar su voluntad de ese modo, y previo examen correspondiente, los peritos lleguen a la conclusión de que el denunciado padece la enfermedad mental que le impide dirigir su persona o administrar sus bienes.

El Disipador declarado en interdicción: disipador es aquel que malgasta, que dilapida; y para ser considerado como tal es necesario que el gasto sea habitual, desproporcionado (todo su patrimonio) y además sin justa causa Art. 466 CC.

El Art. 467 CC, establece que mientras se decide la causa, podrá el juez, a virtud de los informes verbales de los parientes o de otras personas, y oídas las explicaciones del supuesto disipador, decretar la interdicción provisional.

Para que sea considerado incapaz relativo, el disipador debe ser declarado interdicto y su interdicción tiene iguales efectos que la de la persona sorda.

3.2 .- Representación de los Incapaces

Los incapaces para poder actuar en el mundo jurídico, deben hacerlo por interpuesta persona, es decir, mediante representante. En el caso de las personas individuales o naturales, los representantes de los menores de edad (niños y adolescentes) son los progenitores en ejercicio de la patria potestad. A falta de progenitores, y también para el caso de los demás incapaces, ésta representación es confiada a los guardadores. Las guardas se clasifican en tutelas (menores de edad) o curatelas (demás interdictos).

Tanto las tutelas como las curatelas pueden ser testamentarias (señaladas en testamento), legítimas (conferidas por ley) o dativas (conferidas por la Jueza o Juez).

Cabe indicar que en nuestra legislación, las guardas solo pueden ser Tutelas.

El cargo de tutor puede ser ejercido en general por todas las personas capaces, salvo aquellas que expresamente prohíbe la ley, y es obligatorio, salvo para aquellas personas a quienes permite excusarse el Código Civil (Art. 533 del código Civil).

Están prohibidos de ejercer el cargo de tutor, pese a ser legalmente capaces, las siguientes personas: el padrastro (se entiende también que la madrastra) por su

entendado/a; los acreedores o deudores del pupilo, salvo que hayan sido nombrados por testamento y el testador, con conocimiento de dicha deuda, los haya nombrado, y el que disputa el estado civil al pupilo. Tampoco pueden ejercer la tutela los miembros de la Policía ni de las Fuerzas Armadas en servicio activo, inclusive los comisarios, médicos, cirujanos y demás personas adictas a los cuerpos de línea o a las naves del Estado; ni las personas que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, un cargo o comisión pública, fuera del territorio ecuatoriano. Por otra parte, quien haya ejercido la tutela o curatela del pupilo por más de diez años puede excusarse de seguirla ejerciendo salvo que se trate de sus ascendientes.

El cargo de tutor es recompensado con la décima parte de los frutos de los bienes pupilares que administre, pero si el pupilo carece de bienes, debe ejercerlo en forma gratuita. En general empleará en la administración de estos bienes, el cuidado de un buen padre de familia.

El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela, o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado. Asimismo podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del pupilo y del estado de la administración. Después del discernimiento, que es el decreto por el cual se nombra tutor a una persona, el Juez exigirá que se forme un inventario solemne de los bienes de pupilo. Todo tutor está obligado a rendir fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y será el Juez que efectúe el discernimiento quien determinará la modalidad y cuantía de la misma. Solo están exceptuados de rendir fianza las personas expresamente exoneradas por el Art. 400 del Código Civil, es decir, en lo aplicable al tutor: Los ascendientes y, cuando el pupilo tuviere pocos bienes, el tutor que sea una persona de conocida probidad y de suficientes facultades para responder de ellos.

La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Público, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado, en especial del pupilo. En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del pupilo y del estado de la administración de la tutela. El “menor adulto” (es decir el adolescente) puede insinuar a quien quiere que sea su tutor al Juez y éste tiene la obligación de aceptarlo si es persona idónea (Art. 459 CC).

Sin perjuicio de lo anotado, se exige además la autorización judicial expresa para las siguientes actuaciones del tutor:

- Para contraer matrimonio con el pupilo (Art. 90 del Código Civil), sin que previamente la cuenta de la administración haya sido aprobada por el juez, con audiencia del ministerio público. Igual inhabilidad se extiende a los descendientes del tutor para el matrimonio con el pupilo o pupila. El matrimonio celebrado en contravención a esta disposición sujetará al tutor o curador que lo haya contraído o permitido, a la pérdida de toda remuneración que por su cargo le corresponda, sin perjuicio de las otras penas que las leyes le impongan.
- Para enajenar o gravar bienes inmuebles, objetos preciosos y valores mobiliarios de los pupilos, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. En estos casos la autorización judicial solo puede darse por causa justa o de utilidad manifiesta, como por ejemplo cuando el precio obtenido por los bienes sirven para cubrir una deuda impagable de otra manera o cuando hay peligro de ruina en un bien inmueble del pupilo.
- Para repudiar la herencia del pupilo, aceptarla sin beneficio de inventario (en estos casos el juez deberá motivar en justa causa su autorización).
- Para proceder a la partición de la herencia (1343 CC) o división de los bienes que el pupilo posee pro indiviso.
- Para arrendar predios rústicos por tiempo superior a ocho años y predios urbanos por más de cinco años. De cualquier manera el tutor NO PODRA JAMAS arrendar el mismo estos bienes para ejecutar cualquier acto o contrato en que directa o indirectamente tengan interés el tutor, o su cónyuge, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o sus padres o hijos, o sus hermanos, o sus consanguíneos o afines hasta el cuarto grado inclusive, o alguno de sus socios de comercio, o le autorizarán los otros tutores o curadores si los hubiera (Art. 437 del Código Civil).

- Para reembolsarse los gastos que haya realizado en beneficio del pupilo con los intereses corrientes de ley, pero en caso de que existan, le autorizarán los otros tutores o curadores si los hubiera.

Si el pupilo fuere deudor del tutor de alguna especie, raíz o mueble, a título de legado, fideicomiso, o cualquier otro, será preciso que la posesión de ella se dé al tutor o curador por los otros tutores o curadores generales, o por el juez, en su falta.

Antes de autorizar o aprobar cualquiera de estos actos, el Juez oirá al tutelado, de conformidad con lo prescrito en el Art. 45 de la Constitución y Art. 60 del código de Niñez y Adolescencia que consagra el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en todos los asuntos que les atañen, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes.

En cuanto a las obligaciones del tutor en relación al tutelado, debe velar por su integridad física y sus bienes, por lo tanto son las siguientes: Procurarle alimentos, Educar al pupilo y procurarle una formación integral, proveyendo de los bienes del pupilo para su educación y cuidado., informar al Juez periódicamente sobre la situación de su pupilo.

Las circunstancias por las que la tutela queda sin efecto y se extingue son las siguientes: Cuando el pupilo de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente declarado en interdicción por alguna incapacidad diferente a la originada en la minoría legal de edad.

Por la adopción del tutelado en los términos del Art. 160 del Código de Niñez y Adolescencia, es decir...” una vez que haya cesado legalmente de su cargo y se hayan aprobado judicialmente las cuentas de su administración” (CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Ley No. 2002-100).

Por fallecimiento del tutelado, Por remoción judicial del cargo del tutor decretada por alguna de las causas previstas en el Art. 558 CC, Cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el o la titular de ésta la recupere. Al dictarse la resolución judicial en virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela,

el tutor al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la Jueza o Juez que lo nombró.

Curatela. La diferencia entre las tutelas y curatelas tiene más bien un origen histórico, en el Derecho Romano, cuando la tutela apuntaba a la defensa de la persona del incapaz, en cambio que la curatela se orientaba más bien a los bienes. Hoy en día casi existe un consenso doctrinario en que la distinción debería suprimirse. A diferencia de las tutelas, las curatelas pueden darse solo a favor del patrimonio como son las de la herencia yacente, de los bienes del ausente o de los derechos patrimoniales del (nasciturus sin que impliquen la obligación de velar por la persona y admiten división interinas, para el pleito, generales). Para todo lo demás, las curatelas siguen en general las mismas reglas que hemos enunciado para las tutelas (en especial en lo referente a las obligaciones, excusas, inhabilidades y prohibiciones), y en lo que se refiere a las curatelas de los incapaces, se establecen solo algunas normas específicas para determinadas incapacidades, como son por ejemplo, las relativas a la curatela del disipador, en donde se observa que el disipador conservará siempre su libertad, y tendrá la facultad de manejar para sus gastos personales la libre disposición de una cantidad de dinero, proporcionada a sus facultades, y señalada por el juez. De ahí que sólo en casos extremos podrá ser autorizado el curador para proveer por sí mismo a la subsistencia del disipador, procurándole los objetos necesarios, a diferencia del tutor que siempre debe proveer de lo necesario para la subsistencia del pupilo.

Igualmente, el curador del demente requiere de autorización judicial expresa para internar o aislar al incapaz.

3.3 .- Derecho Comparado con Paraguay y Colombia.

- **La Legislación de Paraguay**

La legislación Paraguaya, habla de la capacidad e incapacidad de hecho en el Art.36 Código Civil. La capacidad de hecho consiste en la aptitud legal de ejercer uno por sí mismo o por sí solo sus derechos. Este Código reputa plenamente capaz a todo ser humano que haya cumplido veinte años de edad y no haya sido declarado

incapaz judicialmente, según el Art.37.- Son absolutamente incapaces de hecho entre otros específicamente los enfermos mentales; y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito o por otros medios.

Art.40.- Son representantes necesarios de los incapaces de hecho absolutos y relativos, literal c) de los enfermos mentales sometidos a interdicción, y de los sordomudos que no saben darse a entender por escrito o por otros medios, los curadores respectivos; y d) de los inhabilitados judicialmente, sus curadores.

Estas representaciones son extensivas a todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados en este Código.

- **La Legislación Colombiana.**

En el Art. 140 Código Civil, indica que ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente, según el Art. 141cc. Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes. (Según Ley 17.711).

Art. 142. La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte, y después de un examen de facultativos. Art. 143.- Si del examen de facultativos resultare ser efectiva la demencia, deberá ser calificada en su respectivo carácter, y si fuese manía, deberá decirse si es parcial o total. Art. 144.- Los que pueden pedir la declaración de demencia son: 1º) El esposo o esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente; (Inciso incorporado por Ley 23.515), (ahora ver Ley 26.618). 2º) Los parientes del demente; 3º) El Ministerio de Menores; 4º) El respectivo cónsul, si el demente fuese extranjero; 5º) Cualquier persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos. Art. 145.- Si el demente fuese menor de catorce años no podrá pedirse la declaración de demencia. Art. 146.- Tampoco podrá solicitarse la declaración de demencia, cuando una solicitud igual se hubiese declarado ya improbadamente, aunque sea otro el que la solicitase, salvo si expusiese hechos de demencia sobrevinientes a la declaración

judicial. Art. 147.- Interpuesta la solicitud de demencia, debe nombrarse para el demandado como demente, un curador provisorio que lo represente y defienda en el pleito, hasta que se pronuncie la sentencia definitiva. En el juicio es parte esencial el Ministerio de Menores. Art. 151. - La sentencia sobre demencia y su cesación, sólo hacen cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos declarados en este Código; mas no en juicio criminal, para excluir una imputación de delitos o dar lugar a condenaciones.

Sobre inhabilitación, el Art.152 bis. Podrá inhabilitarse judicialmente: 1º) A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio. 2º) A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio. 3º) A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes. Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso. (Según Ley 17.711). Art. 152 ter: Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. (art. incorporado por Ley N° 26.657).

- **Jurisprudencia Colombiana.**

El régimen de inhabilitación o de semiincapacidad es el medio técnico escogido por el derecho contemporáneo (art. 152 bis, Código Civil) para suplir las deficiencias

psíquicas que adolecen ciertas personas médicamente normales, cuando esos defectos pueden traducirse en perjuicios patrimoniales para ellas y consiguientemente para sus familias, procurando mediante tal institución y sin necesidad de colocarlas en idéntica situación que los dementes, la asistencia apropiada para los casos en que aquellas, si bien dotadas de discernimiento para la generalidad de sus actos, ostenten fallas indudables en algunos aspectos que hagan menester someterlas al contralor de otras personas para el ejercicio de ciertos y determinados actos cuya trascendencia económica pueda repercutir desfavorablemente en sus patrimonios.

En los procesos de demencia o inhabilitación debe extremarse la prudencia judicial por el carácter esencial de los derechos que pueden verse afectados, atento la gravedad de la situación que podría generar la declaración de incapacidad en vida de una persona, pero sin dejar de recordar también que la interdicción debe ser fundamentalmente una garantía para el propio causante, quien podría quedar desprotegido si a pesar de que su enfermedad le impidiese gobernar su persona y sus bienes, no se le proporcionase la protección jurídica necesaria. Esta misión, está naturalmente atribuida a los jueces, quienes tienen la potestad de apreciar los elementos de juicio aportados y así emitir pronunciamiento sobre la capacidad o incapacidad de una persona en los términos del artículo 141 del Código Civil. En los supuestos de inhabilitación judicial del art. 152 bis del Código Civil, median razones análogas al caso de declaración de demencia, aun cuando la sentencia de inhabilitación no provoque la incapacidad absoluta del denunciado, y sólo limite su capacidad de disponer y, eventualmente, la de administrar sus bienes, facultades que sólo podrá ejercer con la conformidad de su curador. En tales condiciones, su capacidad se ve seriamente restringida, por lo que no es aconsejable privarlo de las garantías procesales que -como la del artículo 633 del Código Procesal- se le reconocen a los presuntos insanos.

Los declarados dementes o insanos no pueden ejercer sus derechos ni contraer obligaciones, como votar, casarse, ejercer la patria potestad, salir del país, etcétera. Es decir, en términos legales, son iguales a los menores de edad. En los inhabilitados, en cambio, la representación del curador lo es sólo para actos de carácter patrimonial, ya que ellos conservan todos sus derechos y obligaciones.

El art. 141 del Código Civil determina la base para establecer la interdicción, indicando el factor psiquiátrico que permita dar seguridad al pronunciamiento, y el factor jurídico sobre la finalidad de la decisión, que consiste en apreciar si la dolencia afecta la aptitud para el manejo de la persona y los bienes. Por consiguiente, la importancia de la afección mental, dejando de lado la denominación y ubicación dentro del cuadro científico de los de su índole, se contempla en la medida en que se impide dirigir la persona o administrar sus bienes.

La inhabilitación prevista en el art. 152 bis del Código Civil, supone sujetos que se encuentran en estados fronterizos o intermedios entre la perfecta razón y la alienación total y a quienes, si bien no resulta justificado atribuirle una interdicción total, resulta prudente dotarlos de una especial protección por encontrarse colocados en situación de inferioridad frente a sus semejantes.

Art. 12 Código Penal, establece que la reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole de delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.

3.4 .- Resoluciones que adquieren la calidad de ejecución provisional.

- **La Ejecución Provisional.**

Normalmente sólo se ejecutan las resoluciones que sean firmes (no susceptibles de recurso o que se hayan resuelto o no se haya puesto recurso en plazo). La ejecución provisional se realiza sobre resoluciones no firmes, que determinen los tipos de bienes que hayan sido objeto de recurso de apelación y se pretenda la ejecución durante su tramitación.

a) Ámbito de aplicación.

Son susceptibles de ejecución provisional:1º) Las resoluciones que hubiesen sido objeto de recurso de apelación admitido en ambos efectos.2º) Las sentencias o resoluciones que condenen al pago de una cantidad (supone que queden fuera de la posible ejecución provisional las sentencias que sean absolutorias, las declarativas o las constitutivas). Esta cantidad ha de ser líquida o liquidable mediante simples operaciones numéricas.

Cabrá ejecución provisional cuando el perjuicio que se pueda causar como consecuencia de la ejecución no sea irreparable.

Por contra, se entiende que en ningún caso serán ejecutables provisionalmente aquellas sentencias recaídas en juicio que versen sobre:- Paternidad, - Maternidad, - Filiación, - Divorcio, - Capacidad, - Estado civil, - Derechos honoríficos.

b) Régimen para proceder a la ejecución forzosa.

1º) Mediará petición de la parte apelada, en un plazo de 6 días siguientes a contar desde que se le notifique la providencia admitiendo el recurso de apelación.

2º) Además, deberá prestar fianza o bien aval bancario en cantidad suficiente para responder de lo que perciba como consecuencia de la ejecución provisional y para cubrir posibles daños y perjuicios así como las costas que pudiesen devengarse.

3º) El juez dictará una resolución pronunciándose tanto sobre si concede o no la ejecución provisional como sobre la suficiencia de la garantía ofrecida por el solicitante de la ejecución.

c) Efectos.

Hay que distinguir entre los efectos propios originados por la mera petición de ejecución provisional de los originados por la estimación de la misma.

En cuanto a los efectos de la petición de ejecución provisional, a partir del momento en que el apelado solicite la ejecución provisional se paraliza la tramitación del recurso de apelación, de modo que no se emplaza por el momento a las partes para que comparezcan ante la Audiencia ni, lógicamente, se tramitan las actuaciones al órgano superior para que resuelva.

Referente a los efectos propios de la estimación de la petición de ejecución provisional, si el juez de la primera instancia acuerda proceder a la ejecución provisional solicitada, exigirá testimonio de todo lo preciso relativo al juicio necesario para poder proceder a la ejecución. Una vez realizado, se envían a la Audiencia los originales para que resuelva el recurso de apelación, mientras que el juzgado de origen ejecutará provisionalmente la sentencia dictada.

Si en el recurso se le da la razón al apelado, se le devuelve la fianza. Si el recurso es favorable a la parte contraria que no prestó fianza, se le otorgará el derecho a los daños y perjuicios ocasionados por la ejecución provisional mediante la garantía que prestó la parte desestimada.

Con carácter general, los recursos de apelación en lo civil se admiten en ambos efectos. Hay casos, sin embargo, en los que se admiten en un sólo efecto (efecto devolutivo), sin que se suspenda la ejecución de la sentencia. Son los siguientes: 1º) Aquellos recursos en cuya sentencia se conceda alimentos provisionales 2º) Aquellos en cuya sentencia se estime un interdicto de retener y recobrar la posesión 3º) Aquellos recursos en cuya resolución se notifique una suspensión de obra nueva 4º) Aquellos recursos en cuya resolución se acuerde tomar medidas precautorias en obra ruinosa.

3.5 .- Marco Constitucional de la ejecución provisional

- **Tutela judicial efectiva y ejecución provisional**

A) Derecho a la ejecución de la sentencia.- La ejecución de las sentencias constituye un capítulo importante dentro de la garantía fundamental de tutela judicial efectiva, pues por su intermedio los justiciables pueden obtener una concreta satisfacción de los derechos reclamados en juicio. Es por ello que en la ciencia procesal se alude al "derecho a la ejecución de la sentencia", que no es más que aquella dimensión de la tutela jurisdiccional encaminada a obtener que la prestación establecida en una sentencia condenatoria sea en la práctica cumplida, en el menor tiempo posible, y de preferencia en naturaleza y no por equivalencia, para así colmar

en términos reales las expectativas de la parte vencedora. En el mismo sentido, en la doctrina española se habla de la "tutela jurisdiccional ejecutiva", por virtud de la cual el tribunal ejerce su potestad para producir un cambio físico o material en la realidad social. En nuestro medio se ha hecho mención al derecho de la ejecución, caracterizado por tratarse de una prerrogativa que autoriza una agresión del patrimonio del requerido (deudor), sobre la base de la petición del requirente (acreedor) que pretende la satisfacción de un crédito.

B) Perspectiva constitucional de la ejecución provisional de la sentencia.- La ejecución provisional, inmediata o anticipada de la sentencia civil no firme es un mecanismo jurídico que fortifica el régimen de ejecución, puesto que autoriza a llevar adelante el cumplimiento coactivo de una decisión judicial condenatoria inmediatamente después de su notificación, sin que sea necesario esperar que adquiera autoridad de cosa juzgada.

Es, pues, una institución procesal de eficacia, por la cual se atribuye fuerza a una resolución judicial que carece de firmeza y que, al pronunciarse sobre una materia sustantiva sobre la cual se debate, reconoce un derecho (crédito) a favor del litigante vencedor, en mérito de lo cual este puede solicitar su cumplimiento.

Desde este punto de vista, la ejecución inmediata del fallo se presenta como una herramienta de la tutela efectiva. En alguno de los estudios publicados en nuestro país, se ha sostenido que a no dudarlo la ejecución provisional de las sentencias "favorece el derecho a la tutela judicial efectiva". Igualmente se ha dicho que un sistema procesal que aspire a brindar una adecuada tutela jurisdiccional de los derechos, tiene que utilizar mecanismos idóneos para el "acceso expedito".

Empero, es también posible plantear que se trata más bien de un asunto de política legislativa en torno a la organización del régimen de enjuiciamiento en la primera instancia. Desde este punto de vista, la ejecución provisional no se presenta tanto como una "imposición constitucional" derivada de la tutela judicial efectiva, cuanto como una "opción legal" sobre la mejor forma de impartir justicia en el primer grado jurisdiccional y, dentro de esto, de obtener un oportuno y cabal cumplimiento de lo resuelto en dicha instancia.

De momento, nos parece que la perspectiva de la ejecución provisional de la sentencia pertenece al campo de las opciones político-procesales, y no al de las exigencias constitucionales de tutela efectiva. Estimamos que la vinculación entre estos conceptos exige dar una mirada global al problema del enjuiciamiento de primera instancia, para incluir dentro de este la temática de la ejecución inmediata. Como volveremos a decir, pensamos que la ejecución provisional se presenta como un elemento del debido proceso sólo en la medida que la decisión del legislador sea potenciar el primer grado jurisdiccional, con las debidas garantías que ello exige.

C) Perspectiva constitucional de la ejecución provisional en el sistema procesal chileno .- Nos parece que esta cuestión debe abordarse balanceando dos aspectos: de un lado, la necesidad de brindar tutela al derecho a la ejecución antes aludido, y de otro, la exigencia que impone el derecho de los justiciables a obtener una resolución justa de los conflictos civiles. Tan cierto es que las partes requieren de medidas procesales idóneas para satisfacer a tiempo sus pretensiones, como que necesitan que las decisiones se adopten en un marco que garantice al máximo la justicia de la resolución de la disputa. En nuestra opinión, las técnicas de tutela anticipada y de perfeccionamiento de ejecución de las sentencias, no pueden transformarse en instrumentos de iniquidad. Por todo ello, insistimos en que el nudo gordiano se encuentra en la estructura de la primera instancia, tanto orgánica como funcional.

Pensamos, en consecuencia, que los preceptos constitucionales antes citados no imponen necesariamente el establecimiento de la ejecución provisional de la sentencia no firme. Lo que sí exigen es la eficacia del proceso, para lo cual deben crearse herramientas adecuadas que permitan al ciudadano acceder al efectivo cumplimiento de lo resuelto, dentro de un "plazo razonable" (art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica).

Ahora bien, para que tales mecanismos se ajusten a las exigencias de racionalidad y justicia, es menester que la legislación procesal proporcione todo un esquema compacto de enjuiciamiento, por el cual se garantice de la mejor manera posible que las decisiones jurisdiccionales resuelvan adecuadamente los conflictos jurídicos. De

ahí requisitos como la oralidad, intermediación, libertad de prueba y otros tantos, que aparecen como condiciones para un debido proceso.

En este cuadro, todo lo atinente a la ejecución anticipada de la sentencia no firme exige un modelo reforzado de administración de justicia en primera instancia. Con ello queremos decir que en nuestra opinión, la técnica de la ejecución provisional únicamente se ajusta al debido proceso y, a la vez, se impone como elemento de este, en la medida que se encuentre instalada en un modelo fortalecido y bien estructurado –orgánica y funcionalmente– de justicia civil de primer grado.

En este mismo orden de ideas, estimamos que en un régimen procesal de primer grado que no cumple con exigencias básicas del debido proceso (v. gr. oralidad, intermediación, libertad de prueba y otras tantas), la ejecución provisional debe tener un campo de acción limitado y medurado.

Sintetizando, consideramos que la perspectiva constitucional de la ejecución provisional se engloba dentro del esquema del proceso civil declarativo de primera instancia. Su intensidad varía en forma directamente proporcional con la fortaleza de dicho grado jurisdiccional. Así, a mayores garantías del enjuiciamiento de primera instancia, más amplio es el campo para este instrumento de ejecución; en tanto que a menores garantías para dicho juzgamiento, más estrecha debe ser la procedencia del mismo.

3.6 .- Regulación de la Ejecución Provisional en la Ley Chilena.

Concepto de "resoluciones que causan ejecutoria" y principales casos.

A) Concepto.- La temática central de la ejecución provisional, inmediata o anticipada de la sentencia no firme es abordada en la legislación como "resoluciones que causan ejecutoria". Con relación a estas existen, además, otras figuras asociadas, que mencionaremos más adelante.

Nuestra doctrina y jurisprudencia dicen que la resolución que causa ejecutoria es aquella que puede cumplirse coercitivamente no obstante estar impugnada o ser

impugnable por medio de recursos procesales. Debe tratarse, por cierto, de una decisión judicial que condene a una parte a cumplir una prestación que consista en dar, hacer o no hacer.

B) Principales casos.- Los casos más importantes de resoluciones que causan ejecutoria y que permiten una ejecución provisional, se dan en materia de apelaciones no suspensivas y de recurso de casación en la forma y en el fondo.

1) Apelaciones no suspensivas (concedidas solo en el efecto devolutivo):

El efecto devolutivo aparece tratado, en los siguientes términos: "Cuando la apelación proceda solo en el efecto devolutivo, seguirá el tribunal inferior conociendo de la causa hasta su terminación, incluso la ejecución de la sentencia". A virtud de este precepto, existe concordancia entre los autores en cuanto al carácter ejecutorio de las resoluciones impugnadas por intermedio de un recurso de apelación en este efecto.

Ahora bien, para determinar los casos en que una apelación se concede solo en el efecto devolutivo, es necesario distinguir el tipo de resolución impugnada, pues existen dos estatutos según el caso: uno para las sentencias interlocutorias, autos y decretos, y otro para las sentencias definitivas. En este lugar nos referiremos a las tres primeras.

Todas las apelaciones de las sentencias interlocutorias, autos y decretos deben ser concedidas únicamente en el efecto devolutivo. Ello significa que –en principio– las apelaciones no suspenden la tramitación de la primera instancia civil. La única salvedad está dada por la orden de no innovar que trataremos más adelante.

De este modo, la ley admite la ejecución provisional de estas tres clases de resoluciones judiciales, lo cual podría tener alguna trascendencia práctica en ciertos supuestos en los que se reconocen derechos permanentes a favor de las partes. Como precisión general, viene a cuento indicar que estos casos son más bien residuales, pues, por una parte, los decretos son resoluciones de mera substanciación que no reconocen derechos sustantivos para los litigantes; por otra, los autos se limitan a fallar incidencias pero sin establecer derechos permanentes

para las partes y, por fin, la segunda clase de sentencias interlocutorias únicamente recae sobre trámites que deben servir de base para el pronunciamiento de la sentencia definitiva o de otra sentencia interlocutoria, de manera tal que tampoco se pronuncia sobre alguna prestación.

Desde el punto de vista práctico, la hipótesis relevante sólo podría producirse con relación a sentencias interlocutorias de la primera clase, vale decir, aquellas que fallan incidentes estableciendo derechos permanentes a favor de los contendores. En efecto, como se ha venido sosteniendo en el último tiempo, los "derechos permanentes" a los que alude la precitada disposición, pueden consistir en facultades sustantivas, que incluso podrían ser equiparables a un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Por lo demás, en una de las explicaciones teóricas que existe sobre la materia, se ha indicado que estos derechos son facultades que, una vez adquiridas por las partes al momento de fallarse una incidencia, subsisten en el tiempo, pudiendo sobrevivir al juicio en el que son creados, sin que se agote su existencia por la dictación de sentencia definitiva.

Como se aprecia, la ejecución provisional podría abrirse paso en algunos supuestos de sentencias interlocutorias en las que el derecho declarado consista en un crédito que favorece a un litigante en contra de otro que resulta obligado. Un ejemplo sería el caso de la sentencia interlocutoria que acepta un desistimiento de la demanda, pero que a la vez impone como condición para el demandante una prestación a favor del demandado.

Esta condena podría ser ejecutada en primera instancia aun cuando la resolución fuera apelada por el actor, como quiera que el recurso de apelación es no suspensivo y, por tanto, la decisión en cuestión es de aquellas que causa ejecutoria. Otra situación de interés podría darse con motivo de la resolución del incidente de objeción de tasación de costas, que presenta el carácter de sentencia interlocutoria. O, en fin, en el caso del fallo de la incidencia de objeción de la liquidación de un crédito contenido en una sentencia definitiva firme en ejecución, que también tiene dicha naturaleza jurídica.

2) Apelación de la sentencia definitiva. Ejecución provisional "ope iudicis" en el juicio sumario:

Para la sentencia definitiva, o sea, aquella resolución que pone fin a la instancia y resuelve la cuestión que ha sido objeto del juicio, la regla es la apelación en el efecto suspensivo, sin que el tribunal pueda cambiar la situación.

Fuera de los casos de recurso de apelación en el efecto devolutivo que determina la ley, la apelación deberá otorgarse en ambos efectos. Es por lo mismo que nuestra doctrina ha indicado que para sentencias definitivas se mantiene la regla general de que la apelación se concede en ambos efectos, salvo disposición legal expresa que limite la apelación al solo efecto devolutivo.

Por lo tanto, en nuestro sistema el principio consiste en la improcedencia de la ejecución provisional de la sentencia definitiva de primera instancia. Las excepciones están expresamente contempladas por la ley y se refieren a contadas hipótesis, de las cuales destacamos el caso del juicio sumario. Dejamos constancia de la especial situación del juicio ejecutivo, sobre la cual haremos algunas observaciones más adelante.

El proceso sumario es un procedimiento declarativo oral, breve y concentrado, que tiene normas particulares en materia de recurso de apelación. Podemos decir que la regla general es la improcedencia de la ejecución provisional, salvo que el tribunal la establezca. Vendría a ser algo así como una ejecución provisional "ope iudicis" reglada, ya que puede decretarla el juez únicamente en los términos descritos por la norma legal.

Sobre el tema de la apelación, existe cierto consenso en doctrina y jurisprudencia en cuanto al carácter suspensivo del recurso en caso que la resolución impugnada sea la sentencia definitiva. Con todo, la misma norma contempla una excepción en su parte final: salvo que, concedida la apelación en esta forma, hayan de eludirse sus resultados. Esta es una circunstancia que debe ser ponderada por el juez de primera instancia, el cual queda autorizado para no suspender los efectos de la sentencia apelada, dejando así abierta la posibilidad de enderezar una ejecución provisional.

Finalmente, hacemos presente que en este procedimiento se regula una figura llamada "aceptación provisional de la demanda", que en alguna medida puede ser relacionada con la ejecución inmediata de la sentencia. A ella aludiremos en otro lugar.

3) Recurso de casación en la forma y en el fondo: El recurso de casación en la forma y el recurso de casación en el fondo no suspenden la ejecución de la sentencia.

Tomando en cuenta que, salvo situaciones muy puntuales, estos recursos sólo proceden en contra de sentencias definitivas o interlocutorias que pongan término al juicio o impidan su prosecución, la impugnación por esta vía se transforma en uno de los casos más claros de ejecución provisional en nuestro sistema. Además, considerando que –en rigor– el régimen no suspensivo se produce para los recursos de casación entablados en contra de sentencias de segunda instancia, podemos afirmar que la ejecución inmediata tiene cabida una vez que el asunto ha sido revisado por el tribunal.

Postura teórica que relaciona las resoluciones que causan ejecutoria con la ejecución provisional.

No todos comparten los razonamientos precedentes. En fecha más reciente un sector del procesalismo chileno se ha apartado de la explicación tradicional antes aludida, y ha señalado que –en sentido estricto– la sentencia que causa ejecutoria no es un título ejecutivo, sino más bien una forma de tutela judicial anticipada que da lugar a una ejecución provisional.

Por la atinencia, transcribo lo central de este postulado: "A través de la ejecución provisional se permite cumplir los efectos de la sentencia como si ella estuviera firme, permitiendo que el actor pueda empezar a gozar del contenido total de la pretensión admitida en la sentencia, aunque exista un recurso pendiente" Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N° 1, pp. 21 - 50 [2009]

Esta singular forma de tutela anticipada se regula a propósito de los efectos de los recursos, específicamente dentro de las sentencias que causan ejecutoria; En

términos generales, se trata de resoluciones en las que técnicamente no se ha producido aún la cosa juzgada. No obstante lo anterior, por razones de política legislativa y con el objeto de dar celeridad a los juicios, la ley permite que se puedan cumplir los fallos, aunque exista el riesgo que el tribunal revoque lo decidido en la sentencia cuyo cumplimiento se anticipa.

Por nuestra parte, nos plegamos a esta doctrina, pues cuadra mejor con la idea básica de lo que significa la ejecución anticipada de la sentencia no firme. El único punto sobre el cual no profundizaremos, por exceder los límites de este trabajo, concierne a la naturaleza ejecutiva que presentan las resoluciones que causan ejecutorias. No discutiremos, pues, si tienen o no calidad de título ejecutivo; simplemente señalaremos que desde un punto de vista técnico-procesal, no pueden asimilarse los procedimientos de ejecución ordinarios cuyo punto de partida es una sentencia firme, con los mecanismos de ejecución provisionales cuyo fundamento es una resolución carente de firmeza. Por lo mismo, a continuación propondremos hacer un distingo en cuanto a la vía para obtener el cumplimiento de estas últimas.

Procedimiento "incidental" de ejecución ante el mismo tribunal que dictó la resolución en primera o única instancia, como vía idónea para recabar la ejecución provisional

Pensamos que el mecanismo más apto para impetrar el cumplimiento forzado (ejecución provisional) de las resoluciones que causan ejecutoria, es el procedimiento incidental.

En este contexto, el punto consiste en determinar cuál podría ser el método procesal de ejecución más idóneo para las resoluciones que causan ejecutoria y, por tanto, para la ejecución provisional. Tomando en cuenta que conceptualmente es necesario distinguir los dos tipos de ejecución, y sobre todo considerando la falta de regulación para la ejecución inmediata de la sentencia no firme, debe impetrarse ante el tribunal que dictó la resolución en primera o única instancia.

En nuestra doctrina se ha dado la siguiente razón pragmática: La ejecución de una sentencia que causa ejecutoria no es propia de otro tribunal que no sea aquel que

está conociendo de la causa, puesto que estando ante un título cuya eficacia está sometida a condición resolutoria a verificarse solo dentro de ese procedimiento, su ejecución debe corresponder solo al tribunal que conoce de esa situación.

Por motivos prácticos y sobre todo de seguridad jurídica, nos quedamos con esta última solución, en especial atendiendo la poca precisión que existe en nuestro sistema en torno a los efectos de la revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada.

3.7 .-Plazo para resolver

Plazo Judicial.- Es el que un juez o tribunal señala de acuerdo con las facultades de las leyes procesales. Ej: 3 días para que cumpla una providencia.

El juez da plazo para quien ha contravenido normas de conducta. Aplica multa que debe cumplirse, de no hacerlo no se le recibirán sus escritos.

Plazo Legal.- Es aquel que está determinado por la ley. El CPC otorga plazos para dictar cada una de las resoluciones judiciales.

Providencias.- Los jueces dictarán las providencias dentro de las 24 horas de presentadas las peticiones, son las resoluciones judiciales no fundadas expresamente que deciden sobre cuestiones de trámite y peticiones secundarias o accidentales (Cabanellas).Corren desde la hora que se recibe según el cargo.

Autos interlocutorios.- Es una resolución judicial que no afecta a lo principal de una causa, por dictarse en un incidente o artículo de previo pronunciamiento. Puede según el caso ser luego definitivo.

Estos se dictarán dentro de los 5 días (si es por juez unipersonal) y a los 8 días (si lo hacen jueces o tribunal). Se computa desde el día que ingresa el expediente en el despacho.

Sentencia.- Es la última resolución que dicta el juez. Es el modo normal de extinción de la relación procesal (Alsina). Pone fin a la instancia o al juicio.

"Ultra petita", es una locución latina que se emplea para indicar que el juzgador ha concedido a la parte litigante más de lo que ella había pedido. Por incongruente, tal fallo es apelable o recurrible. (Osorio).

Plazos para dictar sentencia.- Procesos ordinarios 40 días, Sumarios 20 días, Ejecutivos 20 días, Sumarísimos 10 días.

Cómputo.- En los procesos ordinarios y sumarios el plazo para dictar sentencia se computa desde que el juez dicta el decreto de autos.

Decreto de autos es una advertencia que se le hace a las partes de que no pueden presentar más pruebas, pues a partir de ese momento el juez tiene competencia para dictar sentencia.

En los ejecutivos desde que el expediente hubiera ingresado en despacho para resolución.

Los autos de vista y los de casación se pronunciarán dentro del plazo de 30 días, corren desde la fecha en que se sorteare el expediente al ministro o vocal relator.

Los Autos Supremos en su resolución serán: 1) Improcedente, 2) Anula, 3) Procedente 4) Casar.

Retardo de Justicia.- La retardación de justicia consiste en que el juez se atrasa en el cumplimiento de plazos establecido por ley para dictar resoluciones. Por ello se hará posible a sanciones.

3.8 .-Resoluciones emitidas en los juzgados de la Niñez y Adolescencia en el Cantón Manta en el año 2012 motivadas por interdicción e inhabilitación.

La investigación realizada en los Juzgados de la Niñez y Adolescencia del Cantón Manta, arrojó los siguientes resultados:

INVESTIGACIÓN JUZGADOS DE LA NINEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN MANTA 2012				
JUZGADOS	JUEZ	JUICIOS ALIMENTOS CASOS		OBSERVACIÓN
		INTERDICCION	INHABILITACION	
SEGUNDO	RUTH OZAETA	0	0	No se registraron juicios en el tema investigado
CUARTO	YUBIS CEDENO ALCIVAR	0	0	
OCTAVO	FAUSTO ALARCON	0	0	
SEGUNDO ADJUNTO	AUXILIADORA SANTANA	0	0	
CUARTO ADJUNTO	YIMMY ZAMBRANO CAICEDO	0	0	
OCTAVO ADJUNTO	FABIOLA ESPINALES	0	0	

Nota. Fuente: Juzgado Segundo, Segundo Adjunto, Juzgado Cuarto, Cuarto Adjunto, Juzgado Octavo, Octavo Adjunto, (21012).

CONSEJO PROVINCIAL DE LA JUDICATURA MANABI			
JUZGADOS	JUICIOS ALIMENTOS CASOS 2012		OBSERVACIÓN
	INTERDICCION	INHABILITACION	
Juzgados de lo Civil	0	0	No se registraron juicios en el tema investigado

Nota. Fuente: Juzgado Sexto de lo Civil de Manabí, Juzgado Décimo Primero de lo Civil de Manabí, (2012).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SENTENCIAS SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA 2012 Quito

No. JUICIO	AÑO DE JUICIO	ACCIÓN/ DELITOS	ACTORES /DENUNCIANTES U OFENDIDOS	DEMANDADOS / PROCESADOS	FECHA DE RESOLUCION	NUMERO DE RESOLUCION
208	2012	INTERDICCION	BARRERA AREVALO ROSA DOLORES	CORREA BARRERA MARIA INES	26/04/2012	88-2012

Nota. Fuente: Corte Nacional de Justicia, Quito,(2012).

3.9 .- Análisis de los resultados de la investigación

La investigación realizada en los Juzgados, Segundo, Segundo Adjunto, Cuarto, Cuarto Adjunto, Octavo, Octavo Adjunto de la Niñez y Adolescencia de Manta, en base a las entrevistas y revisiones de los juicios que allí se procesan en el año 2012, relacionados al tema de tesis en investigación, arroja como resultado la inexistencia de juicios que se hayan procesado en temas de alimentos para beneficiarios producto de la declaratoria de interdicción.

Demostrando que este tema que muy importante de analizar e investigar con las diferentes normativas legales ecuatorianas, puesto que debido a este vacío legal se pueden estar vulnerando derechos de beneficiarios de alimentos.

Se constató que existe mucha duda sobre la manera de actuar en estos juicios, toda vez que el proceso normal es que la interdicción o inhabilitación sea declarada por jueces de lo civil siendo este un juicio distinto al de alimentos. Pero que sucede

cuando el declarado interdicto o inhabilitado tiene el deber de otorgar alimentos, y a falta de alguien que supla esta obligación que se debe hacer.

Esta investigación deja la brecha abierta para exponer varias recomendaciones que constará en el siguiente capítulo.

CONCLUSIONES

Al concluir la investigación en lo que corresponde al marco teórico y práctico, presento las siguientes conclusiones en orden secuencial según los capítulos desarrollados:

- La obligación de proporcionar alimentos corresponde al padre y a la madre, a falta o por impedimento de los padres, asumirán esta obligación, en su orden, los ascendientes, las hermanas y los tíos del menor, pero el Estado no se incluye como garantista y responsable directo de este derecho por carácter social, si faltaren todos.
- El derecho a percibir alimentos se constituye en el aspecto activo de la obligación alimentaria, en torno al tema, debemos hacer un paréntesis, analizando lo estipulado en el Art. Innumerado 6 de la Ley Reformatoria al CNA, referente a la legitimación procesal, esta legislación menciona que estarán legitimados para demandar la prestación del derecho de alimentos a favor de un niño, niña o adolescente o de las personas de cualquier edad que padezcan de una discapacidad física o mental que les impida hacerlo por sí mismas: La madre o el padre bajo cuyo cuidado se encuentre el hijo o hija y, a falta de ellos, la persona que ejerza su representación legal o quien esté a cargo de su cuidado; y, los y las adolescentes mayores de 15 años, este derecho debe ser transferible incluso a la persona que por conveniencia propia solicite la declaratoria de interdicción o inhabilitación hacia el obligado de otorgar alimentos.
- La cosa juzgada recae en toda sentencia derivada de un juicio contencioso o extra contencioso, una vez que haya sido consentida o que haya sido agotada

la posibilidad de impugnarla por los medios que la ley concede; pero queda una interrogante: Determinar si la cosa juzgada tiene un carácter absoluto o relativo, en otras palabras si las sentencias de estado con autoridad de cosa juzgada, extiende sus efectos, ya sea a favor o en contra de toda persona o sólo queda circunscrita a quienes fueran parte en el juicio y en sus derechohabientes. En una posición intermedia pues no se puede negar el carácter absoluto de la cosa juzgada, pero no debe olvidarse la relatividad de las características propias de cada proceso, ya que en materia de familia se encuentran sentencias que adquieren la calidad de cosa juzgada, pero sin embargo dentro de una misma sentencia pueden existir puntos que no podrán pasar a tener dicha calidad y por ende pueden ser modificados. El caso que se dicte sentencia de por interdicción o inhabilitación sobre una persona con hijos y en dicha sentencia se acuerde la pensión alimenticia para los descendientes. La interdicción e inhabilitación adquiere la calidad de cosa juzgada, más el punto de la pensión alimenticia no podrá adquirir esa calidad ya que puede ser susceptible de modificación o sustitución como lo establece.

- En los juicios por interdicción o inhabilitación, en el Art. 467 cc, se decide que podrá el juez, a virtud de los informes verbales de los parientes o de otras personas, una vez oídas las explicaciones del supuesto disipador, decretar la interdicción provisional. Tales personas deben presentarse ante el juez competente exponiendo los hechos y acompañando certificados de dos médicos relativos al estado mental del presunto insano y su peligrosidad actual. Con ello puedo concluir que la normativa legal vigente no prevé el caso en el que el declarado interdicto o inhabilitado sea quien deba alimentos, dejando en entre dicho la manera de actuar y pese a las excepciones expuestas deja una brecha abierta para que quien se enmarque en los requisitos para solicitar la interdicción e inhabilitación la realice bajo conveniencia propia.
- Estas conclusiones surgen de un proceso de análisis de las distintas fuentes legales que enmarcan el derecho de alimentos, interdicción, inhabilitación y cosa juzgada.

- Esta investigación incluyó, calidad de la información disponible en tiempo y forma; entrevistas a jueces, profesionales del derecho, criterio de varios autores expertos en la materia.

RECOMENDACIONES

Una vez concluido este trabajo investigativo, recomiendo que se realice una reformatoria al Art. Innumerado 349 del código civil y el Art. 4 CAPITULO V, del CNA, donde se determina que, por ley se deben alimentos: “1. Al cónyuge; 2. A los hijos; 3. A los descendientes; 4. A los padres; 5. A los ascendientes; 6. A los hermanos; y, 7. Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada. No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue. En lo no previsto en esta Ley, se estará a lo dispuesto en el Código de la Niñez y Adolescencia y en otras leyes especiales”. Así pues la norma especial, esto es el Código de la Niñez y Adolescencia viene a desarrollar la prestación alimenticia a los hijos, sean estos niños, adolescentes e incluso adultos hasta los 21 años, en caso de estudiar o hijos con discapacidad a quienes se les debe suministrar la pensión por toda la vida.

- Se debe incluir que se deben alimentos 1. Al cónyuge; 2. A los hijos; 3. A los descendientes; 4. A los padres; 5. A los ascendientes; 6. A los hermanos; y, 7. Al que hizo una donación cuantiosa, 8. A los hijos, cónyuges o dependientes de los declarados interdictos o inhabilitados.
- Que quienes soliciten la declaratoria de interdicción o inhabilitación, deberán asumir dichas obligaciones haciendo una reforma también en el Art. 362, del Código Civil y Art.3 del CNA.- El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse. Incluyendo que el deber de otorgar alimentos es transferible al que por presente la demanda de declaratoria de interdicción e inhabilitación en casos en el que declarado interdicto o inhabilitado sea quien tiene la obligación de dar alimentos.

- En caso de: ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado por quien lo alega, la autoridad competente ordenará que la prestación de alimentos sea pagada o completada por uno o más de los siguientes obligados subsidiarios, en atención a su capacidad económica y siempre y cuando no se encuentren discapacitados, en su orden:

1. Los abuelos/as;
2. Los hermanos/as que hayan cumplido 21 años y no estén comprendidos en los casos de los numerales dos y tres del artículo anterior; y,
3. Los tíos/as.

La autoridad competente, en base al orden previsto en los numerales precedentes, en los grados de parentesco señalados, de modo simultáneo y con base en sus recursos, regulará la proporción en la que dichos parientes proveerán la pensión alimenticia, hasta completar el monto total de la pensión fijada o asumirla en su totalidad, según el caso.

Incluir, un numeral 4 y 5 en el que se establezca lo siguiente:

- 4.- Quienes solicitaron la declaratoria de interdicción o inhabilitación, en el caso que existieren sujetos a quienes se les deba alimentos.
- 5.- El Estado, a través de sus planes sociales, que permitan percibir una pensión en casos en el que el juez declare a alguien interdicto o inhabilitado como sentencia provisional y existieren sujetos a quienes se les deba alimentos que puedan estar vulnerados al no existir quien se responsabilice de ellos y al no contar con ninguno de los innumerados 1,2 y 3.

BIBLIOGRAFÍA

Azula C., Jaime, Manual de Derecho Procesal, Tercera edición, editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia. 2008

De la Rúa, Fernando, El Recurso de Casación, Víctor P. de Zavalía, Editor Buenos Aires, p.517, 1968

Galarza I., Luis, Tratado de Ciencia Política y Derecho Constitucional, Primera Edición, Artes Gráficas Silva, Quito-Ecuador. 2010

Jakeline Elizabeth, Alberto Chávez, Jorge Guillermo, Elias Mejía, Tesis Resoluciones que adquieren calidad de cosa juzgada formal en juicios de alimentos. 2011

Joaquín Escriche, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, París, 1858, p. 140

Luis Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo 3, Santiago, 1944, p. 448

Morello, M. Augusto, El Proceso Civil Moderno, Primera Edición, Editorial Platense, La Plata-Argentina, 2001

Recalde D. la Rosa Mauricio, Tesis dilemas y tensiones del nuevo procedimiento de alimentos contemplado en el código de la niñez y adolescencia ecuatoriano. 2012

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, dentro de la acción de inconstitucionalidad del Art. 26 de la Ley de Pensiones Alimenticias. Voto N.º 300-90, San José, 21 de marzo de 1990

Ugo Rocco, **Tratado de Derecho Procesal Civil, tomo I, pág. 48**, Ed. Editores, Buenos Aires, 1957, **Pág. 31**

FUENTES LEGALES:

Código Civil Ecuatoriano, Registro oficial 46 del 24 de Junio del 2005

Código de la Niñez y Adolescencia, publicado por Ley No. 100. Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003.

Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, Suplemento del Registro Oficial No. 58 del 12 de Julio de 2005

Código Orgánico de la Función Judicial 544 de 09-mar-2009 Última modificación: 01-nov-2011.

Constitución de la República. R.O. 449 del 20 de Octubre del 2008.