



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE POSTGRADOS

TITULO:

LA FALTA DE NOTIFICACIÓN DE LA ORDEN DE APREMIO PERSONAL EN
CONTRA DEL DEMANDADO EN LOS JUICIOS DE ALIMENTOS: TRANSGRESIÓN
DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA DEFENSA

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO
PREVIO A OPTAR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO
CONSTITUCIONAL**

AUTOR: Abg. Xavier Alejandro Ñauñay Colcha

TUTOR: Dra. ALEXANDRA VILLACIS, MSC.

SAMBORONDÓN, MARZO 2019

CERTIFICADO DE APROBACIÓN DEL TUTOR

Samborondon, 14 de noviembre del 2018

APROBACIÓN DEL TUTOR

En calidad de tutora del maestrante Abogado XAVIER ALEJANDRO ÑAÑAY COLCHA, quien curso estudios en la MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL, dictado en la Facultad de Postgrado de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo.

CERTIFICO:

He analizado el paper académico con el título "LA FALTA DE NOTIFICACIÓN DE LA ORDEN DE APREMIO PERSONAL EN CONTRA DEL DEMANDADO EN LOS JUICIOS DE ALIMENTOS: TRANSGRESIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA DEFENSA" presentado por el maestrante Abogado XAVIER ALEJANDRO ÑAÑAY COLCHA portador de la cédula de ciudadanía No. 0603375445 como requisito previo a optar el grado de Magíster en Derecho Constitucional, cumpliendo con los requisitos y méritos tanto académicos como científicos, razón por la cual lo apruebo en su totalidad.


Dra. Alexandra Villacis Parada
TUTORA

La falta de notificación de la orden de apremio personal en contra del demandado en los juicios de alimentos: transgresión del derecho constitucional a la defensa

In alimonies, the lack of notification of the order of enforcement by commital against the

defendant, transgress the constitutional right to the defense

Xavier Ñauñay¹

Resumen

El presente trabajo aborda el tema del juicio de alimentos, específicamente la relación entre la orden de apremio personal y el derecho a la defensa. Se intenta dilucidar si la ausencia o falta de notificación de una orden de apremio personal atenta contra el derecho constitucional a la defensa, de la persona demandada por la prestación alimentaria. Para dicho fin, se ha estructurado la investigación en tres partes que se relacionan entre sí. En primer lugar, conviene explicar qué se entiende por apremio personal; en segundo lugar, cómo se relaciona el apremio personal con el principio de Interés Superior del Niño, y en tercero, cómo inciden ambos conceptos en el derecho constitucional a la defensa. Finalmente se formulan las conclusiones generales que demuestran que es un asunto que va más allá del derecho. Con este trabajo se espera como resultado final que se visualice con plena certeza la violación del derecho a la defensa. Vale acotar que para el presente estudio se hará uso extensivo de doctrina, jurisprudencia y las leyes pertinentes que regulan tales materias.

Palabras Claves: Apremio, personal, derecho, defensa, niño.

¹ Abogado

Abstract

This essay studies the issue of alimony, specifically the relationship between the enforcement by commital's order and the right to defense. An attempt is made to clarify whether the absence of a enforcement by commital's order violates the constitutional right to the defense of the person sued for alimony. For this reason, this paper has been structured in three parts that are related to each other. First, it is convenient to explain what is meant by enforcement by commital; second, how the enforcement by commital relates to the principle of the Best Interest of the Child, and third, how both concepts affect the constitutional right to defense. Finally, the general conclusions are formulated that show that it is an issue that goes beyond the law. With this work, it is expected as a final result that the violation of the right to defense will be seen with complete certainty. It is worth mentioning that for the present study extensive use will be made of doctrine, jurisprudence and the pertinent laws that regulate such matters.

Key words: Enforcement, commital, right, defense, child.

I. Introducción

El reconocimiento y la reivindicación del débil jurídico ha sido una de las premisas y prioridades del Derecho en las últimas décadas. Así, a los trabajadores, indígenas, inmigrantes, entre otros, se les han dado algunas prerrogativas que marcan la equidad sin que ello implique una violación de la neutralidad de la ley y el proceso.

Un débil jurídico por antonomasia en el derecho ha sido históricamente la mujer separada del cónyuge. Su precaria situación posterior al divorcio motivó a que se tomaran correctivos como en la liquidación conyugal y otros elementos referidos a la compensación económica con los que pudiera reiniciar su vida. Otro efecto que se ha ido afinando, y es inclusive delicado e importante, es el de los alimentos. Dicho asunto indica que en la relación jurídico familiar, el acreedor alimentario es una persona que no puede obtener recursos por sí misma, o que teniéndolos no les son suficientes para subsistir. Aunque puede ser aplicable a todo tipo de personas en estado de necesidad, entre los que pueden considerarse débiles jurídicos, hay un sector que tiene la prioridad absoluta, es decir, los niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, el deudor alimentario o persona alimentante tiene el deber de procurar el sustento necesario para sus hijos, aun cuando no convivan con él. En esto hay un consenso universal de lo que muy poco podría discutirse en el Derecho; sin embargo, su práctica acarrea otras variables que son más propensas a la polémica. Una de ellas versa sobre la posibilidad de arrestar a la persona obligada a procurar la prestación alimentaria de los niños, niñas y adolescentes. Inclusive, pueden manifestarse presuntas arbitrariedades o irregularidades que atentan contra el derecho a la defensa a la persona, *verbi gratia*, la falta de notificación de la orden de apremio personal a la persona encargada de proveer la alimentación y por lógica la que encarna la parte demandada.

En el presente ensayo se aborda un conjunto de problemáticas entrelazadas entre sí. Por un lado, el derecho a la defensa como una garantía constitucional inalienable; por otro lado, el apremio personal, como la medida coercitiva que aplican los jueces para que se cumplan sus decisiones; y el principio del interés superior del niño que coloca al niño como el centro de las decisiones para lograr su atención, desarrollo y protección.

La elaboración de la presente investigación obedece a que el tema de los niños, niñas y adolescentes siempre debe dársele prioridad; además, en este caso, hay una situación real que debe ser abordada y tomarse en cuenta puesto que muchas veces desborda el marco legal ocasionando injusticias hacia uno de los padres. Es por ello que se considera importante revisar como el derecho a la defensa puede ser vulnerado incluso cuando el propio Estado quiere imponer un Estado de derechos y de justicia.

El objetivo general de la investigación es explicar la violación del derecho a la defensa en el caso de la falta de notificación de la orden de apremio personal. Para ello se realiza un estudio doctrinario que explique las nociones más importantes, se hace una revisión del marco legal y se analiza un estudio de casos a través de sentencias y de la revisión de las publicaciones de los medios de comunicación.

II. El apremio personal

Para entender qué es el apremio personal hay que remitirse al Código Orgánico General de Procesos, el cual en su artículo 134 establece que un apremio es una medida coercitiva que aplican los juzgadores para que sus decisiones sean cumplidas por aquellas personas que no cumplen voluntariamente dichas decisiones dentro de los términos previstos. El apremio a su vez puede ser personal o real, si es personal es porque recae sobre la persona, y si es real es porque recae sobre su patrimonio. (Asamblea Nacional , 2015)

Según la jurisprudencia ecuatoriana, el apremio personal es un mecanismo que tiene como propósito garantizar la vida digna y el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes (NNA) de conformidad con el principio del interés superior del niño. De acuerdo con la Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia N.º 012-17-SIN-CC del 10 de mayo de 2017, el propósito de tal medida es generar una presión sobre la voluntad de la persona obligada para que con carácter de urgencia facilite al niño, niña o adolescente los recursos necesarios para su crecimiento, maduración y el despliegue de su intelecto y capacidades (Corte Constitucional de Ecuador, 2017).

Otro aspecto importante que señala la jurisprudencia, es que la afectación del apremio personal no puede ser mayor que el beneficio percibido al NNA, esto es, la pensión de alimentos. Verbi gracia, la aplicación de la prohibición de libertad de tránsito al deudor alimentario no garantiza, más bien obstaculiza, la posibilidad de que cumpla con su obligación de proveer de recursos al acreedor alimentario. Por lo tanto, tal medida sería inconstitucional.

El artículo 137 del COGEP del 2015 señalaba en qué circunstancias se daba el apremio personal; al respecto vale decir que se daba cuando uno de los padres incumplía el pago de al menos dos pensiones alimenticias. Se hacía a petición de parte y tras la constatación de los incumplimientos. Consistía en treinta días de apremio y la prohibición de salida del país.

La realidad sin embargo condiciona lo establecido en la ley. El doctor Barcos (2015) devela los aspectos que no fueron considerados al momento de establecer el apremio personal en las leyes. Así, un aspecto es que generalmente las personas apremiadas son de bajos recursos por lo que no pueden cumplir con sus obligaciones. Privados de libertad, la situación se agrava, pues se ve amenazada su estabilidad laboral, llegando a perder su trabajo debido a su ausencia. Aduce además que la falta no se debe a mala fe del deudor sino a otras causas como el desempleo, o empleos con sueldos ínfimos, enfermedades, cargas familiares, entre otros

factores que impiden que cumpla con su obligación. Al deudor también le cierran las posibilidades de desenvolverse porque sufre de inhabilitaciones y enajenaciones de sus bienes. En consecuencia, el doctor llama a las autoridades competentes a sincerar las leyes con la realidad de los ecuatorianos para permitir soluciones reales a la problemática, pues más que un asunto de no querer es un asunto de no poder pagar las deudas. (Barcos, 2015)

Dicha normativa sufrió una modificación a partir de la sentencia 012-17-SIN-CC del 10 de mayo de 2017, en la que se declaró la inconstitucionalidad del artículo de marras. Según Hernández (2017) ello en razón de un accionado o demandado que alegó no poder cumplir con sus obligaciones alimentarias por sufrir una enfermedad catastrófica, y las personas en dicha condición tienen atención prioritaria según el artículo 35 de la Carta Magna.

El cambio, con un tono más conciliatorio, estipula que el juez no puede tomar la decisión antes de llamar a las partes a una audiencia para determinar, dependiendo del caso, la medida que va a cumplir el demandado o deudor alimentario. De acuerdo con El Telégrafo (2017) se aplica cuando se comprueba que dicho deudor no ha cumplido con sus obligaciones porque no cuenta con una actividad que le genere ingresos, padece alguna discapacidad o sufre alguna enfermedad catastrófica.

Así, el artículo 137 del COGEP de 2015 establece que en caso de que el deudor alimentario no cumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, sean o no sucesivas, el juzgador a solicitud de parte y previa constatación del incumplimiento del pago pecuniario o no pecuniario, dispondrá la prohibición de salida del país del demandado y convocará a una audiencia que debe realizarse en un término de diez días.

El apremio personal está íntimamente relacionado con el derecho a la alimentación, entendido éste como el derecho a tener acceso de forma regular y permanente a alimentos

adecuados tanto en su cantidad como en su calidad. Tal derecho a su vez está relacionado, y protege otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de tortura y tratos degradantes. De acuerdo con Ferrer, Martínez y Figueroa (2014), constitucionalmente, tal derecho puede estar establecido explícitamente o no; si un Estado lo contempla en su Carta Magna es para reafirmar su importancia en el plano interno.

El tema del derecho de alimentación puede tener diversas aristas; así lo deja entrever Loma (2008) cuando señala que un Estado comete violación de dicho derecho cuando tiene los recursos pero la voluntad para garantizar su satisfacción, o incluso cuando no justifica fehacientemente la ausencia de los recursos para tal fin. Por lo tanto, y esto compagina con los planteamientos ya expuestos del Dr. Ignacio Barcos, los Estados deben establecer un entorno jurídico, institucional y político que permita que todos los habitantes puedan alimentarse debidamente, ya sea con la producción de alimentos, o ganándose el sustento. El autor señala que la seguridad alimentaria no es solo un objetivo de la política o una acción caritativa pública o privada, sino que es sobre todo un derecho. Además, como ya se expondrá en el siguiente punto, las políticas estatales no están ya dirigidas a personas concebidas como objetos a tutelar, sino que son sujetos plenos de derechos y por lo tanto pueden reclamar legítimamente acciones para cambiar la situación.

Bover (2013) difiere en cierta manera de esta orientación y al respecto señala que anteriormente se había observado que cuando el deudor veía peligrar su propio sustento por tener que cumplir con la obligación de prestar alimentos ésta en consecuencia quedaba minorada o dejaba de subsistir. Pero tal precepto no es aplicable en la totalidad de los casos de la prestación de alimentos en cuanto a los hijos. Así, un padre que se halla en situación de ver amenazado su propio sustento por la obligación o necesidad de prestar alimentos a sus hijos que con él convivan o al menos alguno de ellos, y que éstos no sean mayores de edad, ni estén

casados, o que teniendo menos de 21 años pero se encuentren escolarizados, entonces dicho padre tiene el deber de emplear todos los recursos a su alcance para el aseguramiento de su propio sustento y el de sus descendientes.

Desde una postura más filosófica también puede entenderse, aunque implícitamente, la gran importancia del derecho de alimentos y la naturaleza del apremio personal. En este orden de ideas, Fromm (1993) habla que en la existencia prenatal hay claramente una unión física del niño con la madre, pero más allá de esa etapa, la independencia tiene un sentido imperfecto, porque si bien hay una separación de los cuerpos, funcionalmente, el niño sigue formando parte de la madre, dependiendo de ella para todos los aspectos vitales, especialmente la alimentación.

La tarea del Estado, ergo, se orienta a la propia protección de la familia. De acuerdo con de la Fuente (2012) cuando hablamos de familia, debe entenderse por ella una unidad social, plural y compleja, no una mera reunión de individuos separados o aislados, que hay que proteger como tales, como individuos. Si la familia es un grupo social, célula universal de toda sociedad, un grupo primario y natural tanto del NNA como del adulto, entonces se le debe regular como tal, como grupo, atendiendo así al interés superior del niño, pero también al interés superior de la familia que está constituida por todos sus elementos. En consecuencia, el Estado no puede enfrentar los intereses de cada miembro: los intereses de los NNA no pueden ir en disonancia con los del joven ni éstos con las personas adultas- por lo general los padres- ni con las personas de la tercera edad o los abuelos, como si fueran solamente individualidades. Es necesario armonizar los intereses de todos para entonces alcanzar el interés de la unidad familiar. El Estado refleja lo que son sus familias, y la humanidad refleja lo que sus Estados, por tanto hay que empezar por el concepto de esa base y regular a la familia como célula de la sociedad, integrada por varios individuos que están unidos de manera indisoluble.

Por supuesto ello no implica una intervención arbitraria o constante del Estado. Lepin (2014) aclara que el principio de autonomía de la voluntad se encuentra estrechamente relacionado con el de intervención mínima del Estado. Así en cuanto a los derechos fundamentales de los individuos como la igualdad, libertad y protección de la vida privada, el Estado va a intervenir solo cuando sea necesario, y esto será en aquellas situaciones en que los miembros de la familia no logran solventar de mutuo acuerdo sus conflictos internos, o en las situaciones que sea urgente intervenir para la protección de los más débiles, como en supuestos de violencia intrafamiliar o vulneración de los derechos de los NNA.

En definitiva, sobre el apremio personal puede afirmarse que es un mecanismo de coerción contra el deudor alimentario moroso con el propósito de hacer efectivo el cobro de las pensiones alimenticias; sin embargo, dicha medida puede llegar a ser muy drástica, porque la libertad del ser humano- en este caso del obligado afectado- es el derecho máspreciado. Así, para Gabrebelsky (2003) el apremio personal debe ser empleado por parte de los jueces como un mecanismo de última ratio; es decir, cuando se hayan agotado los otros mecanismos o apremios que la propia normativa de niñez y adolescencia establece para cada caso.

III. El interés superior del niño

Según Cano (2014) una gran ventaja en materia de niños, niñas y adolescentes (NNA) es que hay un consenso casi universal- a excepción de los Estados Unidos- con respecto a la normativa que los regula, premisa que tiene sus orígenes más inmediatos en la Convención de los Derechos del Niño (CDN), y que va reforzada con otra instancia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que ha quedado claro a nivel mundial que la población NNA son sujetos de protección especial, pero también sujetos plenos de derechos; no solo se beneficia de los derechos fundamentales sino que también recibe un tratamiento diferenciado y especial (Cano, 2014).

Pero, de acuerdo con Bravo (2017), el origen del interés superior del niño puede remontarse hasta 1959 cuando la Asamblea General de la ONU adoptó la Declaración sobre los derechos del niño, la cual en su artículo 2 establece que en la toma de decisiones que involucre a NNA, el interés superior del niño será considerado de manera primordial; además, el artículo 6 de dicha Declaración contempla el interés superior del niño como uno de sus principios rectores.

De hecho, Álvarez y Cippitani (2013) disertan sobre los orígenes de los derechos del niño y adolescente y al respecto señalan que es importante tomar en cuenta que su estudio podría remontarse al menos hasta la Declaración de Ginebra de 1924, y la postura que inspiró tal declaración es importante considerarla porque se afirmaba entonces que la humanidad tenía deberes con el niño para desarrollarlo de forma material y espiritual; así, el niño hambriento debía ser alimentado, y el enfermo atendido; hay por lo tanto en la Declaración de Ginebra una influencia del paternalismo liberal de John Stuart Mill, es decir, el paternalismo de Estado tenía la tarea de velar por los sujetos incapaces de proveerse a sí mismos. Sostienen asimismo los autores que esta visión milenaria de tutela por la incapacidad del menor perduró hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial donde comenzó a prevalecer una visión que transformaba los derechos naturales en derechos positivos, esto significa que se le da a los menores el carácter de titular de derechos, incluyendo el derecho a participar efectivamente en los procesos donde esté involucrado, tomando en cuenta su condición. La Convención de 1989 ratifica este aspecto, por lo que se debe considerar sin excepciones, el interés superior del niño como objeto de consideración prioritaria en todas las decisiones referentes a NNA que tomen los entes y órganos administrativos, legislativos y por supuesto judiciales.

De acuerdo con el artículo 11 del Código de la Niñez y la Adolescencia, el interés superior del niño es un principio orientado a la satisfacción del ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los NNA (2013). Dicho principio obliga a las autoridades administrativas y

judiciales así como a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Además, establece el mencionado artículo, el interés superior del niño es un principio de interpretación y nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin antes escuchar la opinión del NNA que esté involucrado y que tenga la capacidad para opinar.

El concepto no es estático, señala Grossman (1998), sino que está vinculado a las creencias e ideas que las personas tienen sobre lo que más conviene para los NNA; es decir, que cada cultura define lo que es mejor para dicho sector poblacional en función de un sistema de valores y de representaciones sociales. En palabras llanas, la sociedad espartana era muy severa en la formación de los niños y adolescentes, formándolos con dureza para que estuvieran preparados para la guerra y situaciones adversas; tal formación hoy día podría considerarse que está plagada de violaciones a los derechos e intereses del niño, pero para entonces no se pensaba así, se consideraba que era lo mejor para él. Relata Aristóteles (1969) que los espartanos endurecen tanto a los jóvenes que en lugar de hacerlos valientes los hacen feroces, y que Esparta no dejó ningún monumento a las artes ni a las ciencias, se olvidaron del espíritu para dedicarse al cuerpo, de ahí que incluso se prohibiera la música de la lira porque sus sonidos afeminados podían corromper a los jóvenes.

Así lo plantea Morales (2002) al señalar que en el pasado se creía que era beneficioso para los niños disciplinarlos severamente y los castigos corporales servían para enderezar y disciplinar al niño, todo para su bien. Hoy día no son pocos los que consideran que los castigos corporales son necesarios para disciplinar a los hijos; es un debate que aún no ha sido del todo superado. Acosta (2016) diserta sobre el uso de la chancla como un método efectivo para disciplinar a los hijos, aunque establece claramente que los métodos antiguos no sirven para solucionar el problema de la desobediencia, desorden y la rebeldía.

Algo sobre lo que también ha reflexionado la doctrina es en la discrecionalidad del juez en relación con el interés superior del niño. Al respecto se reconoce que hay una facultad importante de libertad del juez para que pueda apreciar qué es lo que considera beneficioso o conveniente para los NNA. Para Carbonnier (1992) aunque el principio ha sido definido en términos que procuran restarle ambigüedad, limitando así la amplísima discrecionalidad del juez, tal discrecionalidad también debe otorgársele para que no se vea obstaculizado para adoptar decisiones en circunstancias específicas de casos concretos de NNA. Mientras tanto, para Morales (2002) la elasticidad que se le da al juez es precisamente lo que permite hacer operativo y justo el principio de interés superior del niño.

Si bien el interés superior del niño se impone en todos los asuntos donde haya presencia de un NNA, al hacer hincapié en los juicios de alimentos un concepto clave que debe abordarse es el de la pensión alimenticia. Para Gaitán (2014) si bien el Código de Niñez y Adolescencia no contiene un concepto al respecto, debido a su criterio universal, pueden tomarse las palabras de un tribunal español de 1967 que la entendió como un crédito que se exige y una deuda que se debe satisfacer, por fundamentales razones de interés familiar y social, y que contempla como características que es solidaria, irrenunciable, intransmisible y no compensable. Otro concepto también proporcionado por un tribunal, pero de 1991, señala que la pensión alimenticia es el deber que se le impone a una persona para asegurar la subsistencia de otra, y supone la existencia de dos actores, un acreedor, que es quien tiene derecho a exigir y recibir alimentos, y el otro actor, el deudor, que tiene la obligación moral y legal de prestar los alimentos. Coincide con un concepto análogo que es el de obligación alimentaria familiar porque tiene que existir alguien en condición de necesitado, el acreedor, y la otra persona que posee los medios y bienes para atender la deuda.

De ahí, afirma Grisanti (2002), que la condición de la obligación alimentaria sea la existencia de un necesitado, la imposición a un familiar para socorrer al necesitado; y que el

obligado tenga capacidad económica para responder a la deuda. La autora además esgrime unas características distintivas fundamentales que no conviene pasar por alto. La obligación es de orden público, esto es, que no puede ser derogada o modificada por convenio entre las partes; es variable, es decir depende de si aumentan o disminuyen las necesidades del alimentista; es personalísima e intransmisible; es irrenunciable; no es susceptible de compensación, ni de transacción, es de cumplimiento sucesivo y anticipado; es crédito privilegiado, es decir goza de preferencia sobre los demás créditos.

De acuerdo a la sentencia citada anteriormente, la pensión alimentaria constituye un presupuesto fundamental para que los NNA puedan tener una vida digna y un desarrollo integral por lo que, con base en el interés superior del niño, el legislador contempló regulaciones orientadas a que el demandante pueda contar con tal pensión con carácter de urgencia.

Otro elemento fundamental a los fines de contextualizar el derecho a la defensa en el marco de los derechos de los NNA, es el principio de la prioridad absoluta. Tal principio está contenido en el artículo 12 del Código de la Niñez y Adolescencia (2013) y contempla que tanto en la formulación y ejecución de las políticas públicas como en la provisión de recursos, debe asignársele prioridad absoluta a los NNA, a quienes además se les asegurará el acceso preferente a servicios públicos y cualquier tipo de atención que requieran.

Para algunos expertos en la materia de NNA, la prioridad absoluta, como elemento de la doctrina de protección integral, es un planteamiento original del cual emerge la legalidad de las medidas preventivas y cautelares. De acuerdo con García (2000), ello significa que los NNA están primeros y por lo tanto deben satisfacerse antes que a nadie sus necesidades básicas, con garantía de sus derechos amenazados, lo cual establece un nuevo paradigma toda vez que eleva la prevención ante situaciones graves o de peligro.

La Prioridad Absoluta se presenta con el propósito de prevenir y salvaguardar a los interesados con base en los preceptos constitucionales, en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y como bien lo señala Seda (2010), un cambio de paradigma, donde se reconoce la capacidad infantojuvenil, entre otros aspectos que impulsan la erradicación de la doctrina vieja y caricaturesca, para la adopción de una nueva donde el NNA se aproxima más a un perfil de ciudadano.

De acuerdo con la sentencia ya mencionada, los principios constitucionales a determinar en la materia de NNA son: el principio de interés superior del niño, el principio de prevalencia de sus derechos o trato prioritario, y el principio de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia todo lo cual está contemplado en el artículo 44 de la Carta Magna vigente. Por principio de trato prioritario se entiende que si hay una colisión de derechos de diversos sujetos, si entre éstos hay NNA, se debe considerar su condición especial al momento de cotejar los derechos en conflicto. La corresponsabilidad, por su parte, implica el involucramiento de los actores (Estado, sociedad y familia) para lograr el efectivo cumplimiento de los derechos de los NNA. En el caso específico de la familia, señala la sentencia, es la obligada directa a satisfacer las necesidades de los NN, y el rol del Estado es crear las condiciones necesarias para que las familias puedan cumplir con tal función.

Un niño y adolescente es un ser humano en pleno crecimiento y desarrollo por lo que no tiene los medios propios para su manutención ni tienen capacidad legal para adquirir obligaciones. La pensión de alimentos viene a ser una relación connatural, entre padres e hijos donde el alimentario proporciona recursos para satisfacer las necesidades del alimentante y que no se limitan tan solo a la alimentación sino lo que comprende una vida digna, esto es, vestido, calzado, educación, salud, cuidado, vivienda, cultura, recreación y deportes; además de garantizarle su desarrollo integral. Estos derechos, amparados en el interés superior del niño,

están por encima del derecho de propiedad y de la patria potestad que tienen los deudores alimentarios

Para determinar el interés superior del niño, López (2015) expone que tal determinación es posible mediante la aplicación de técnicas, las cuales versan en reconocer que el juez debe actuar acompañado de un equipo experto que lo ayude en dicha determinación y en la toma de la decisión. El juzgador no es omnisciente por lo que necesita de expertos que le fundamenten que es lo mejor que le conviene al niño, niña o adolescente. Así, el juez debería de contar con el apoyo de psicólogos y psicoterapeutas, pero la cuestión alimentaria se refiere más a lo fisiológico por lo que el aporte profesional del trabajador social tiene más pertinencia pues facilita información sobre los aspectos socioeconómicos de los NNA. Otras técnicas son la perspectiva pedagógica, lógicamente relacionada con la educación, y el equipo multidisciplinario que busca establecer las condiciones reales para el desarrollo de los NNA.

Esto en definitiva limita el poder de discrecionalidad del juez pues aunque tiene la palabra definitiva se espera que tome muy en cuenta los criterios de sus auxiliares expertos; de hecho, como dice el autor, no es posible reconocer una decisión judicial si no está sustentada en los criterios de los expertos. Es necesario que los jueces adopten una visión, en palabras de López (2015) infantocéntrica, es decir, concentrarse en la esfera de los NNA y procurar no verse afectado por otras esferas, para así poder dictar resoluciones que los beneficie a ellos. Tal visión evita tomar decisiones contrarias a la voluntad de los NNA y hacerse impermeable de los intereses o caprichos de las personas adultas interesadas (visión patnocéntrica). También es necesario combatir la visión estatocéntrica que privilegia los intereses del Estado por lo que las decisiones no se toman en cuanto a lo que les conviene a los NNA sino que responde a lo que le conviene más al Estado.

Finalmente, en torno a este punto, la sentencia a la que ya se ha hecho referencia expone la colisión de derechos pero a su vez plantea la solución a normas que tienen igual jerarquía y fueron promulgadas al mismo tiempo, y que consiste en el principio de proporcionalidad

IV. El derecho a la defensa

En este punto se argumenta por qué se incurre en una transgresión al derecho a la defensa si no hay una orden de notificación de apremio personal contra la persona demandada. O, por el contrario, no constituye ninguna violación. Para el efecto, vale comenzar explicando que el derecho a la defensa es la facultad que se le otorga a quienes intervienen en procesos judiciales para que ejerciten acciones y excepciones que le corresponderían como partes, bien sea en condición de actor o demandado, bien sea en lo civil, en lo laboral, en lo administrativo o lo penal. Según Cabanellas (2006) es también la potestad personal de poder repeler ataques directos e injustificados en el marco de lo que es la legítima defensa. También puede entenderse como un derecho fundamental reconocido en la Constitución y que debe salvaguardarse en cualquier procedimiento jurisdiccional. Según Moreno (2010), forma parte del debido proceso y al mismo tiempo es un elemento para su validez.

El derecho a la defensa implica que una persona tenga derecho a ser oída públicamente y en igualdad de condiciones, ante un tribunal independiente e imparcial. Según Cruz (2015) También significa que se presumirá su inocencia hasta que no se compruebe su culpabilidad. Por su parte, Carrión (2001) sostiene que el procesado tiene derecho a no ser juzgado sino a través de un juicio previo y ante una autoridad competente, y también disfruta del derecho legítimo e irrenunciable de ejercer su defensa de manera libre y con amplitud, mediante la presentación de alegatos, con sus respectivas pruebas, y el empleo de recursos legales necesarios inherentes de todo proceso, sin dilaciones indebidas ni limitaciones.

En los casos relacionados con los derechos de los NNA, los planteamientos de derecho a la defensa se esgrimen naturalmente a favor del niño y adolescente; en este sentido, Pérez (2007) explica que el derecho a la defensa no solo es el derecho a ser oído, a expresar opiniones, sino también el de ser parte del proceso, poder participar en la construcción de la decisión final, que también pueda formular alegaciones, incluso ofrecer pruebas, en definitiva, que pueda estar protegido de su indefensión. La idea es que el NNA participe, pues de lo contrario se estaría desconociendo su carácter de sujeto de derecho- al que ya se ha hecho referencia- porque sin su involucración activa la decisión podría significar un acto de autoritarismo del mundo adulto con respecto al NNA. Tal postura podría favorecer al demandado si se toma en cuenta sobre lo que ya se ha expuesto de las condiciones ajenas al apremio personal de las cuales el NNA podría estar consciente.

Otra manera de ver esta transgresión es desde el principio de la transparencia del debido proceso. Al respecto Wray (2000) apunta que las partes deben tener el derecho de estar informados no solamente del procedimiento que debe observarse sino de las razones o motivos para hacerlo, también de los fundamentos y de las evidencias para sustentarlos. Si bien puede haber dudas en algunos casos sobre cuándo debe producirse la comunicación con los interesados, no hay dudas de que tal comunicación es una exigencia que no puede dejar de cumplirse. Aun así, es una regla general que la comunicación debe hacerse antes, si se quiere asegurar su derecho a la defensa, y que en todo caso hay excepciones como las medidas urgentes de adopción o las provisiones de medida cautelar.

Ahora bien, como ya se ha mencionado, el COGEP establece que el apremio personal es una medida coercitiva. De acuerdo con su definición, se infiere que no es preventiva porque, primero, su naturaleza es en todo caso paliativa, para solucionar un problema que ya está en curso- y quizá agravada- que es la falta de pensión alimentaria del NNA; y por otra parte, tal

medida se toma precisamente para que las decisiones del juez sean cumplidas tras ser inobservadas voluntariamente.

Según algunos autores como Morales (2002) una medida preventiva o cautelar se caracterizan por ser decretada sin oír previamente a la parte contraria; sino que el juez motiva tal decisión basándose en los hechos que alega y documenta sumariamente el peticionario. Otras características son su provisionalidad y variabilidad; es decir, se mantiene en la medida que se mantengan las circunstancias que causaron su dictado, por lo que es provisional; y varía porque puede ser revocada o modificada si sobrevienen circunstancias que lo ameriten, o modificable si a su vez modifica la situación que la ha causado. Una medida preventiva o cautelar es además accesoria porque no tiene un fin en sí misma. Para Álvarez y Cippitani (2013) las medidas coercitivas se adoptan con base en el principio de proporcionalidad y eficacia por lo tanto se refiere a los medios empleados y a los objetivos perseguidos.

El doctor Torres (2003) advierte que el Código de la Niñez y Adolescencia no es una ley penal, y por lo tanto mal podría imponerse penas privativas de libertad al deudor alimentario, que es lo que ha ocurrido debido a la infortunada redacción del artículo 141 de dicho código. Con el propósito de dar una solución a tal problemática, el autor se había adelantado indicando que se debía realizar dos enmiendas estableciendo, primero, cuando no fuera posible cobrar pensiones alimenticias o de esta cualidad, y segundo, cuando el deudor puede pagar dichas pensiones, pero no tiene la voluntad para hacerlo. En la primera situación la ley debe declarar la extinción de la obligación por incapacidad física del deudor, y pasaría a asumir, de forma supletoria, el Servicio Social en representación del Estado cumpliendo así las obligaciones que se han mencionado en los puntos anteriores. Mientras tanto, en la segunda situación, visto que se trata de un claro acto de desobediencia al cumplimiento de un deber familiar, surge un delito que tiene que ser tipificado y castigado de acuerdo al Código Penal, comprendiendo hasta seis

meses de prisión correccional, como máximo por cada vez que se negase el deudor a entregar las pensiones por razones de capricho o necesidad.

Una postura bastante clara al respecto la tiene Lepin (2013) quien considera que el apremio personal en cuanto al incumplimiento de cuotas de compensación económica, va a depender de la determinación de la naturaleza jurídica. Por lo tanto, si la naturaleza es indemnizatoria, obligación legal o enriquecimiento sin causa, no procede la aplicación de apremio con carácter personal; pero si su naturaleza es de alimentos en sí, se considerará el arresto como medida aplicable de apremio personal. El autor le da así importancia determinante a la naturaleza jurídica del apremio personal, tomándola en cuenta si es para algo tan básico, fundamental e impostergable para proteger la vida de una persona como es la alimentación, o si es una compensación económica, que no tiene el carácter de urgencia de lo alimentario y que obedece más bien a un reparo a un menoscabo económico producto de no haber podido desenvolverse de forma independiente por haberse dedicado al hogar y a los hijos; es una manera de reconocer su esfuerzo y sacrificio, y a su vez le da herramientas para iniciar una vida separada de quien fuera su cónyuge.

La compensación económica puede entenderse como una institución que tiene una función asistencial, y que tiene su origen, fundamento y límite en una vinculación económica “asistencial” que le permite a la persona más débil, histórica y generalmente la mujer, iniciar una nueva vida futura separada al cónyuge. Esto, alude Lepin (2013), es una visión moderna del carácter alimentario, o más que una visión es un recurso semántico- podría decirse eufemística- en razón de que no es posible fundamentar la naturaleza alimentaria. La compensación económica tiene también una naturaleza indemnizatoria. En esta visión se incorporan todas aquellas corrientes que sustentan que consiste en una institución cuyo objetivo es indemnizar, reparar o compensar. En síntesis se trata de reparar un menoscabo, que es sinónimo de daño.

Conforme a la sentencia que se ha analizado, vale rescatar la diferencia entre el proceso de alimentos y el proceso penal, teniendo el primero como objeto garantizar el derecho a una vida digna y el desarrollo integral del NNA, mientras que el segundo es una sanción que se le impone a una persona que cometió un hecho antijurídico; es decir, el proceso de alimento se enfoca en el niño o adolescente a quien busca beneficiarse con la medida, mientras que en lo penal no se busca beneficiar a nadie sino reprender una conducta delictiva.

Al referirse al derecho a la defensa lo entiende como un pilar indispensable del debido proceso que se define como el principio jurídico procesal mediante el cual, todo individuo tiene derecho a ciertas garantías mínimas para asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, incluyendo la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.

Cabe señalar que la presente investigación tiene como objetivo establecer si la falta de notificación de apremio personal, constituye una vulneración del derecho a la defensa. Sobre esto, Gabrebelsky (2003) señala que la notificación es importante para los litigantes y sobre todo para el derecho a la defensa. Dicha notificación se entiende como el acto que emana por orden jurisdiccional a través del cual se comunica a los sujetos procesales lo cual es necesario para el principio de contradicción. Tal figura está regulada en los artículos 65, 66, 67 y 68 del COGEP.

Para el autor, en el caso específico de juicio de alimentos, el hecho de no hacerse la respectiva notificación con la orden de apremio personal en contra del deudor alimentario constituye una vulneración de los derechos fundamentales establecidos en la Carta Magna; ya que en el transcurso del proceso de juicios de alimentos el juez, antes de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 137 del COGEP, aplicaba la norma de forma fría como regla general para esta clase de juicios. Zagrebelsky (2003) al respecto ha comentado que la primera de las grandes tareas de las Constituciones actuales, es diferenciar de forma clara entre la ley

como regla que establece el legislador, y los derechos humanos, que son pretensiones subjetivas de carácter absolutas, y por lo tanto válidas por sí mismas más allá de lo que esté contemplado en las leyes.

En el Estado de derechos y justicia que caracteriza al Ecuador según su propia Constitución, el juez tiene el deber de aplicar y tutelar derecho en razón de que la Carta Magna prevalece sobre cualquier otro ordenamiento jurídico que está por debajo de ella; esto es, el respeto de la supremacía constitucional la cual está establecida en el artículo 424 de la Constitución vigente; el artículo citado también indica que los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, de lo contrario carecen de eficacia probatoria. En resumen, la justicia constitucional es parte del principio de la supremacía de la Constitución, que la coloca en la base del ordenamiento jurídico y es su fundamento porque de ella emanan las otras normativas nacionales; por otro lado, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que han sido ratificados por el Estado ecuatoriano, gozan del mismo rango constitucional o superior a cualquier norma jurídica y acto de autoridad pública.

En este orden de ideas, además de los alegatos constitucionales, la Declaración de los Derechos Humanos establece que ninguna persona puede ser condenada, sino es debidamente citada, oída y ni se ha comprobado fehacientemente su culpabilidad mediante un proceso judicial, pues la citación y la notificación desempeñan un rol determinante en la garantía del derecho de la persona citada y notificada, derecho que está contenido en el artículo 75 de la Constitución, en concordancia con lo establecido en el numeral 7 del artículo 76 del mismo texto jurídico.

La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia número 0077-09-EP del 19 de mayo de 2009, estableció que para que surta la obligación constitucional del testigo o perito de comparecer es indispensable un acto instrumental previo, y este es, la notificación oficial. Este

acto instrumental previo puede realizarse en las diversas formas establecidas por la ley, pero lo importante es que el sujeto que notifica no es la parte procesal, sino el propio sistema judicial.

V. Conclusiones

- La figura del apremio personal es bastante sensible a la realidad socioeconómica tanto del acreedor alimentario, en este caso, el niño, niña o adolescente, y el deudor alimentario, quien suele ser el padre. En este sentido, el COGEP, basándose en el principio del interés superior del niño y la prioridad absoluta, ha querido ser severo en la aplicación del apremio. No obstante, las circunstancias forzaron a jueces y a legisladores a reconsiderar su aplicación siendo más benévolo con el deudor.

- El interés superior del niño es un principio contemplado a nivel universal. Aparece normado en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso específico de Ecuador, el Código de la Niñez y la Adolescencia y el propio Código Orgánico General de Procesos. No obstante, no hay una compaginación entre las leyes y la realidad; muchos de los apremiados- y potenciales apremiados-, por diversos motivos, no tienen condiciones económicas para cumplir con sus obligaciones. Esto también podría considerarse una falla del Estado porque le exige al deudor cumplir con obligaciones pero no les facilita las herramientas para hacerlos, al contrario, puede llegar a limitarlo legalmente en la administración de su patrimonio.

- El tema aquí planteado es complejo porque- muchas veces- no es una colisión de intereses, al contrario de lo que plantea la sentencia estudiada cuando aduce que se limitan los derechos del obligado para satisfacer la prestación de alimentos. Aunque hay un proceso de apremio personal y hay una parte demandante y otra demandada, por lo que ya se ha planteado anteriormente, más que un conflicto de pretensiones es la imposibilidad del deudor de responder ante su familia y ante la ley. El derecho a la alimentación de una de las partes, aunque tenga atención prioritaria, no debería afectar ese mismo derecho para la otra parte.

- Si bien pudiera argüirse que la propia falta de los pagos constituye en sí misma una advertencia que se hace así mismo el deudor alimentario, es difícil sustentar cómo la ausencia de notificación no significa una vulneración al derecho a la defensa. Cada caso es sui generis y es necesario tomarlo en cuenta por lo que no se puede presumir ni la buena fe del deudor ni que éste ya está al tanto de las consecuencias jurídicas por sus impagos alimentarios.
- La justificación de la importancia de la notificación en el juicio de alimentos, y en definitiva en cualquier juicio, tiene su base a nivel constitucional, legal, jurisprudencial e incluso en un aspecto tan básico como los propios derechos humanos y por lo tanto supraconstitucional. En definitiva, no puede omitirse la notificación porque equivale a vulnerar derechos fundamentales de la persona sometiendo al procesado a un sistema de justicia arbitrario, típico del *ancien regime*, donde no se le respetó como un sujeto titular de derechos.
- Las limitaciones del presente trabajo no han sido muchas pues queda palmariamente claro, sin lugar a dudas racionales, el problema social que envuelve. En todo caso una limitación es no contar con puntos de vista que justifiquen desde la óptica de las autoridades públicas competentes. Ello incluso podría ser el resultado de posteriores investigaciones, que se enfoquen en ver la misma problemática pero desde un punto de vista más institucional; también podrían realizarse trabajos que se enfoquen en el derecho comparado, sobre todo latinoamericano, pues las realidades son semejantes a las del país.

Bibliografía

- Acosta, A. (21 de 6 de 2016). *El Salvador*. Recuperado el 25 de 7 de 2018, de <https://www.elsalvador.com/vida/191349/la-chanca-es-el-metodo-mas-efectivo-para-corregir-a-los-hijos-o-no>
- Alvarez, M. & Cippitani, R. (2013). *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e integración Jurídica*. Monterrey: ISEG.
- Aristóteles. (1969). La Política. En Aristóteles, *La Política* (pág. 50). Madrid: Espasa-Calpe
- Barcos, I. (2015). Medida alternativa al apremio personal en alimentantes de bajos recursos económicos. *Uniandes Episteme: Revista de ciencia, tecnología e información*, pp. 138-143.
- Bover, M. (2013). La obligación de alimentos en el derecho de familia alemán. *Rev. boliv. de derecho*, pp. 170-189.
- Bravo, N. (2017). El interés superior de la niñez como paradigma constitucional de protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. *Letras Jurídicas*, pp. 1-25.
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cano, G. (2014). El principio de interés superior del niño como paradigma de garantía de efectividad en el sistema interamericano de derechos humanos. *Inciso*, pp. 152-166.
- Carbonnier, J. (1992). *Flexible droit*. Paris: LGDJ.
- Cruz, O. (2015). *Defensa a la defensa y abogacía en México*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cueva, L. (2001). *El debido proceso*. Quito: Artes Gráficas Señal.
- de la Fuente, J. (2012). La protección constitucional de la familia en América Latina. *IUS*, pp. 60-76.
- de Loma- Ossorio, E. (2008). El derecho a la alimentación. Definición, avances y retos. *ECOS*, pp. 1-10.
- El Telegrafo. (24 de 5 de 2017). *El telégrafo*. Recuperado el 24 de 7 de 2018, de <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/4/el-apremio-personal-no-se-aplicara-a-todos-los-deudores-de-alimento>
- Ferrer, E., Martínez, F. & Figueroa, G. (2014). *Diccionario de derecho procesal, constitucional y convencional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fromm, E. (1993). *El miedo a la libertad*. Bogotá: Editorial Skla.
- Gabrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*. Madrid: Trotta.
- Gaitán, A. (2014). *La obligación de alimentos*. Almería: Universidad de Almería.
- García, E. (2000). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*. Bogotá: Forum Pacis.

- Grisanti, I. (2002). *Lecciones de derecho de familia*. Caracas: Hermanos Vadell.
- Grosman, C. (1998). *Los derechos del niño en la familia: discurso y realidad*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Hernández, V. (2017). El Código Orgánico General de Procesos y el Apremio personal en juicios por Alimentos. *Diario Familia y Sucesiones*.
- Lepin, C. (2013). ¿Es procedente el arresto por incumplimiento del pago de compensación económica?. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, pp. 359-376.
- Lepin, C. (2014). Los nuevos principios del derecho de familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, pp. 9-55.
- López-Contreras, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido. *Revista latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud*, pp. 51-70.
- Morales, G. (2002). *Temas del derecho del niño: instituciones familiares*. Caracas: Hermanos Vadell.
- Moreno, V. (2010). Sobre el derecho a la defensa. *Teoría & Derecho Revista de Pensamiento Jurídico*, pp. 17-40.
- Pérez, R. (2007). Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes. En: *Justicia y derechos del niño*. Santiago de Chile: Unicef, pp. 251-277.
- Seda, E. (2010). El nuevo paradigma de la niña y el niño en América Latina. En: *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*. Quito: Unicef, pp. 109-178.
- Torres, E. (2003). *Breves comentarios al código de la niñez y adolescencia*. Quito: Editorial Uno.
- Wray, A., (2000). El debido proceso en la Constitución. *Iuris Dictio*, pp. 35-48.

Legislación utilizada

- Asamblea Constituyente, 2008. *Constitución del Ecuador*. Quito: Lexis.
- Asamblea Nacional , 2015. *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Registro Oficial .
- Código de la Niñez y Adolescencia* (2013). Quito: Ediciones Legales.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N.º 012-17-SIN-CC (Corte Constitucional de Ecuador 10 de 5 de 2017).
- Sentencia de la Corte Constitucional , 0077-09-EP (Corte Constitucional del Ecuador 19 de mayo de 2009).