



Universidad San Gregorio de Portoviejo

Departamento de Posgrado

Programa de Maestría en Derecho Procesal y Litigación Oral

Artículo profesional de alto nivel

Derecho del obligado a ser escuchado en igualdad de condiciones por incumplimiento de obligaciones alimentarias

Autores: Katherin Selena Cedeño Sornoza y Miguel Antonio Montilla Muñoz

Tutor: Ignacio Ángel Falcones Ferrín.

Portoviejo, 2022

Derecho del obligado a ser escuchado en igualdad de condiciones por incumplimiento de obligaciones alimentarias

Right of the person obliged to be heard under equal conditions for non-compliance of maintenance or food obligation

Autores: Miguel Antonio Montilla Muñoz / Katherin Selena Cedeño Sornoza
Abogados de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador
Maestros en Master en Derecho Procesal y Litigación Oral
Universidad San Gregorio de Portoviejo, Manabí, Ecuador
miguelmontilla@live.com / kathsel@hotmail.com

Resumen

El objetivo del presente estudio es el crear un análisis, desde el ámbito jurídico y procesal, de uno de los derechos que podría vulnerarse al alimentante en los juicios de alimentos, como lo es ser oído en igualdad de oportunidades cuando justificadamente ha demostrado la incapacidad de cumplir sus obligaciones, que como ordena el inciso tercero del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), si la justificación es válida, el operador de justicia tendrá que aprobar una propuesta del alimentante en torno a su compromiso de pago total de la deuda; acuerdo que irrecusablemente precautelará en todo momento los derechos del alimentado. Esta oportunidad de que se escuche al obligado viene del mandato universal que las medidas privativas de libertad deben ser de última ratio, siendo así que el juez familiar analizará dicha justificación antes de emitir arbitrariamente una orden de apremio personal. El método para sustentar esta investigación es el diseño documental, inductivo - deductivo y analítico sintético. Como resultado se tiene que la Constitución de la República y la ley protegen el derecho del alimentante a que no se le ordene apremio si justifica la incapacidad de pago según los presupuestos del artículo 137 del COGEP.

Palabras clave: Artículo 137 del COGEP; audiencia de revisión de apremio personal; derecho a ser oído; incapacidad de pago de pensiones alimenticias; juicio de alimentos.

Abstract

The objective of the following is to analyze from a judicial and procedural manner of one of the critical rights. The right of being vulnerable to nutrition in alimony, support payments and alimentary pension. Just as being listened in terms of equality of opportunities it's justifiable shown that the incapacity of completion is visible and aware. Item 137 of the COGEP says that the operator of justice should approve a proposal of feeding in return of a commitment of payment

of the debt as a whole. Commitment that holds everything above all. This opportunity of being heard comes from the mandate of the measures that if not followed will resolve in the incarceration. The method to sustain this investigation is the graphic documentary of inductive - deductive and synthetic analysis. As a result we have the Republic's Constitution y our set of laws to protect the right to nutrition as item 137 from COGEP states.

Keywords: Food judgment; inability to pay alimony; item 137 of the COGEP; personal hardship review hearing; right to be heard.

Introducción

En materia de alimentos la mayoría de estudios se aproximan al entendimiento de que en este campo del derecho, hasta los instrumentos internacionales aprueban la privación de libertad para quienes incumplan las obligaciones con los menores, todo esto en respeto al interés superior del niño, niña y adolescente. Ello no entra a discusión, lo que se cuestiona es lo poco que se hace en referencia a los derechos del alimentante, más aún cuando la misma ley contiene actualmente, de manera expresa, ciertas situaciones que el juez debe revisar antes de emitir una orden de apremio personal en contra del obligado por no cumplir con los pagos.

El artículo 137 del COGEP, antes de ser reformado, contenía el apremio personal como único mecanismo para que las obligaciones en materia de alimentos se cumplan; sin embargo, la medida tal cual se expresaba en dicho texto legal fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional del Ecuador. Mediante sentencia número 012-17-SIN-CC, emitida el 10 de mayo de 2017, el máximo organismo de control constitucional del país atendió los casos acumulados números 0026-10-IN, 0031-10-IN y 0052-16-IN, haciendo regulaciones provisionales hasta que la Asamblea Nacional normalice de manera definitiva, entre otros, a la figura de privación de libertad como medida cautelar de carácter personal en los juicios de alimentos. El número 6.1 del número 6 del acápite III de la referida sentencia, declara la inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 137 del COGEP y lo logró reformarlo enfocado en la realidad socio jurídica de los ecuatorianos.

Por ello, es importante que se tengan estudios para verificar si los presupuestos del reformado artículo 137 del COGEP, se cumplen a cabalidad o no por los jueces de familia, cuestión de relevancia por estar en juego el derecho a la libertad individual del alimentante.

El inciso cuarto del artículo 137 del COGEP, contiene así la aprobación obligatoria por parte del juzgador de un acuerdo de pago si se justifican las condiciones específicas que la Corte Constitucional añadió para que el apremio personal no se disponga sin que antes se efectuó una audiencia de revisión de dicha medida, donde el alimentante está amparado por el derecho constitucional de ser escuchado en igualdad de condiciones que la madre, padre o quien se encuentre al cuidado del menor; inciso que es sustancial, más en estas épocas en que los privados

de libertad, tras pasar a ser vulnerables por el encierro, se sienten con miedo por la crisis que enfrenta hoy por hoy el sistema penitenciario.

Metodología

La presente investigación es del tipo teórico, basado en el diseño documental, inductivo - deductivo y analítico sintético, que, respondiendo al tipo mencionado, estudia una de las instituciones jurídicas que sigue siendo motivo de debate; esto es, el apremio personal por incumplimiento de pago de pensiones alimenticias. Para llegar a las conclusiones de la investigación, se realizó la búsqueda de información en fuentes primarias y secundarias para la fundamentación del mismo, tales como: textos de contenido científico que reposan en diversas bases de datos indexadas, Constitución de la República, sentencias de la Corte Constitucional, las leyes y un ejemplo en específico donde se vio vulnerado el derecho a ser oído en igualdad de condiciones dentro de un proceso sumario de alimentos sustanciado en la Unidad Judicial Multicompetente Civil de Rocafuerte, provincia de Manabí.

Problema jurídico a tratar

En este contexto, el problema jurídico a tratar en la presente investigación responde a las siguientes preguntas: ¿Se aplica de manera eficaz por los jueces de familia los presupuestos contenidos en el inciso cuarto del artículo 137 del COGEP? ¿Respetan los jueces de familia el espíritu conciliador del artículo 137 del COGEP, cuando niegan arbitrariamente una propuesta de acuerdo de pago del alimentante? ¿La aprobación del acuerdo de pago por parte del juzgador respecto de pensiones alimenticias adeudadas, vulnera el interés superior del niño, niña o adolescente?

Marco teórico y discusión

Juicio de alimentos y medios probatorios

El juicio de alimentos es aquel que se sustenta por el procedimiento sumario (Ayala, 2017). Como uno de los procesos en administración de justicia, responde al sistema de fuentes que actualmente rige al Ecuador en lo jurídico, obedeciendo al sistema de fuentes normativo y/o procedimental (Montaña, 2012).

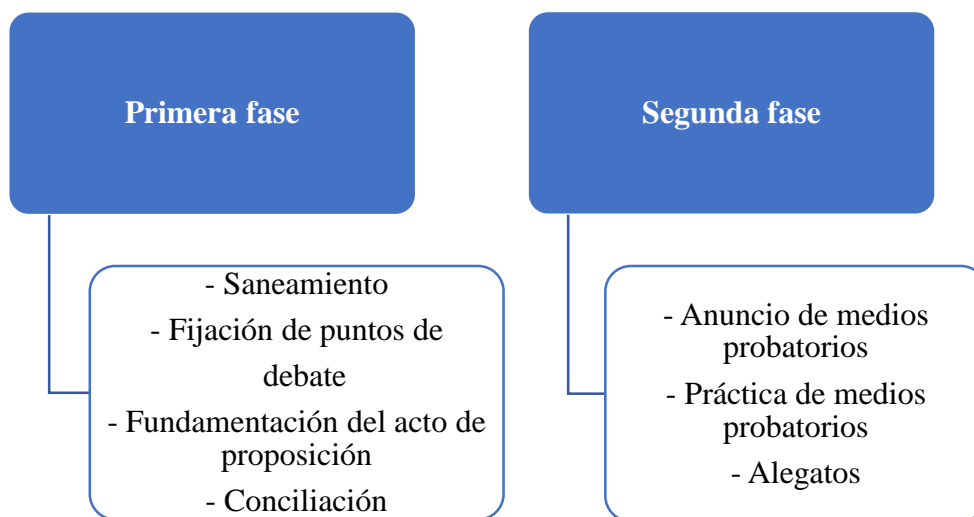
Resumiendo, surge este tipo de procesos sumarios, en el sentido de que el sistema de procedimiento civil se basaba en formalismo puro, con el propósito de que los procesos sean optimizados, que se sustancien en el menor tiempo posible y que plenamente se vea garantizado el sistema oral. El órgano legislativo innovó los procesos judiciales en materia no penales con la

introducción y vigencia de COGEP, donde se tiene a este tipo de procedimiento que se caracteriza por ser simplificado, desarrollándose en una audiencia única.

El procedimiento sumario, además, tiene la particularidad de que exterioriza especialidad, es decir, que no se aplica a todas las materias sino únicamente a las que el mismo COGEP considera como especiales por requerir tratamiento ágil y urgente.

El procedimiento se realiza accionando al órgano jurisdiccional mediante procedimiento sumario, conforme lo establece el inciso segundo, número 4 del artículo 332 del COGEP y se inicia con la presentación de la demanda la cual debe cumplir los requisitos establecidos en el artículo 142 del cuerpo legal antes citado, luego el juez calificará la demanda y fijará una pensión alimenticia provisional; en la misma providencia ordenará que se cite al demandado, quien tendrá diez días para contestar la demanda. Una vez citado el demandado, con su contestación o sin ella, el juez convocará a audiencia única dentro de un término no menor de diez ni mayor a veinte días contados a partir de la citación. La audiencia se desarrollará en dos fases, la primera de saneamiento, fijación de puntos de debate, fundamentación del acto de proposición y conciliación; y, la segunda fase de anuncio, práctica de medios probatorios y alegatos, conforme al siguiente detalle:

Fig. 1. Fases de la audiencia única del procedimiento sumario



Fuente: (Asamblea Nacional, 2019) / **Elaboración propia**

La audiencia concluirá con la decisión oral del juzgador, que puede ser apelada en la misma audiencia en forma oral o posteriormente por escrito.

En lo que refiere a la segunda fase de la audiencia única, que es donde se practican las pruebas que se han anunciado, existen posiciones bien marcadas respecto a lo que se puede probar

y en derecho ha de ser probado las afirmaciones como los hechos (Couture, 1999). La prueba, como único fin tiene que el juez se convenza de las afirmaciones que las partes han realizado.

Dentro de todo proceso judicial, la prueba es fundamental para asegurar la existencia de un derecho o de la violación de una norma cometida por alguna persona. La prueba se define de muchas maneras, ello por los sinnúmeros de estudios que la estudian de manera global, que en resumidas palabras es todo medio para la demostración de un hecho o un derecho (Catota, 2020).

La prueba tiene características y finalidades concretas; se anuncia y produce también, en base a los principios que encierran a la misma. Es decir, la finalidad de la prueba como institución del derecho procesal tiene la de proporcionar a los operadores de justicia o autoridades administrativas el convencimiento necesario para tomar una decisión acerca del litigio. No bastan las alegaciones de las partes. Davis Echandía en su libro *Teoría General del Proceso* (2005), al respecto imprimió: *“Por objeto de la prueba debe entenderse lo que se puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba; es una noción puramente objetiva y abstracta, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de la diversas partes, de idéntica aplicación en actividades extraprocesales, sean o no jurídicas, es decir, que, como la noción misma de prueba, se extiende a todos los campos de la actividad científica e intelectual.”* (pág. 245)

En esta misma línea, Castañeda (2018), hace referencia a que la prueba también involucra un debate en cuanto a la distinción entre verdad material y verdad formal, en razón de que, la comprobación de la verdad no suele ser el objetivo final del procedimiento civil, sino que dicha comprobación viene siendo un resultado circunstancial.

En este sentido, en un juicio de naturaleza jurídica alimentos, las partes, tanto actor como demandado, se rigen por estos recursos probatorios para acreditar sus hechos. En esa lógica procesal, la Corte Constitucional del Ecuador mediante sentencia número 012-17-SIN-CC, con la reforma al artículo 137 del COGEP, exige al alimentante que se encuentra incumpliendo sus obligaciones, justificar con medios probatorios su incapacidad de pago por alguna de las razones que se contemplan en la referida norma legal, a fin de evitar el apremio personal.

Derecho a alimentos y su incumplimiento

Los alimentos, como algunos sabemos, no tiene una definición legal en nuestro sistema jurídico pero su concepto se desprende de un conjunto de situaciones, especialmente de la obligación moral del progenitor para con su hijo, al darle la protección o ayuda económica necesaria, así como también el deber que tiene el obligado para con aquellas personas que se encuentran íntimamente ligadas por los lazos del parentesco.

Los alimentos, en materia de familia, es un derecho con características propias, tales como la irrenunciabilidad (Alexy, 2015). En territorio ecuatoriano, el marco sustantivo del derecho a alimentos lo contiene el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia (en adelante CONA), normativa que sujeta las condiciones jurídicas mínimas para la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. El marco adjetivo de la materia lo compone el COGEP.

El derecho de alimentos como tal, lo que envuelve primero es una obligación moral devenida de una relación de parentesco (Barletta, 2018). El significado de lo anterior así, exterioriza que los alimentos alcanzan a revestir una obligación especial de la relación entre padres e hijos. Ya en el plano de derechos, se le tiene como un derecho humano elemental (Bernal, 2013).

Para Violeta Badaraco Delgado, en su obra *La Obligación Alimenticia*, al referirse al derecho de alimentos, nos dice: *“El derecho de alimentos es un derecho que tiene su origen desde la existencia misma del hombre, el ser humano, a diferencia de otros seres vivientes, nace completamente incapaz, no puede sobrevivir por sí mismo, siempre es necesario que alguien lo proteja y es lógico suponer que siendo la alimentación una de las necesidades vitales de una persona, alguien tiene que suministrarla sea el padre, la madre o la sociedad en la que están incluidos los parientes, y el Estado, mediante la implementación de Políticas Públicas de Protección a Niños, niñas y Adolescentes.”* (Badaraco Delgado, 2012, pág. 31)

En nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto al contenido de la obligación que tienen los progenitores de prestar alimentos en favor de sus hijos, se encuentra previsto en el artículo innumerado 2 de la Ley Reformatoria al Título V Libro II del CONA, al indicar que el derecho de alimentos es connatural a la relación parento filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna, lo que implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios, esto en concordancia con lo que dispone el artículo innumerado 5 ibídem, en el que se determina que los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria, por los derechos que representan de sus hijos menores de edad.

Al respecto Antonio Vodanovic, en su obra *Derecho de Alimentos*, considera: *“El derecho de alimentos es uno de los medios por los cuales se hace efectivo uno de los aspectos del derecho de la personalidad llamado derecho a la vida”*. (Vodanovic, 1987, pág. 1).

En el mismo orden de ideas, Zonnoni Eduardo en su obra *Tratado de Derecho de Familia Tomo II*, indica que: *“(…) el derecho de alimentos deriva de una relación alimentaria legal de contenido patrimonial, pero cuyo fin es esencialmente extra patrimonial, la satisfacción de necesidades personales para la conservación de la vida, la subsistencia de quien los requiere. De ahí que sí bien el objeto del crédito alimentario es patrimonial – dinero o especie-, la relación jurídica que determina ese crédito atiende a la preservación de la persona del alimentado, y no*

es de índole económico (en la medida de que no satisface un interés de naturaleza patrimonial.” (Zonnoni, 1981, pág. 46)

Instrumento clave para el reconocimiento de los alimentos como derecho fundamental es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 25, lo concibe como aquel por el cual se ve asegurado un nivel de vida digno, concretándose en estándares como: salud, educación, bienestar, alimentos y todo lo que sea considerado necesario para que un individuo pueda subsistir (Escobar, 2020). Como lo concibe este instrumento internacional, los alimentos como derechos son propios de los humanos por catalogarse como tal, permitiéndole que alcance un nivel de vida adecuado, además de permitir que una persona sobreviva. Es así que, de incumplirse la prestación de este derecho, la justicia toma medidas coercitivas a fin de garantizar el pago de las pensiones alimenticias atrasadas.

Vodanovic, autor del libro Derecho de Alimentos, en la página 237 y 238, menciona que *“Las pensiones alimenticias atrasadas que, por cualquier causa, ha dejado de percibir el acreedor, se transforman de créditos de naturaleza alimentaria, en simples créditos comunes y por eso, así como pasan a ser de libre disponibilidad y pueden renunciarse, venderse o donarse, lógicamente son embargables por los acreedores del alimentario (...)”* Los tratadistas Hernán García, Fernando Albán y Guerra Alberto, en el libro Derecho de la Niñez y Adolescencia, en la página 185, sostienen que: *“(...) en la mayoría de los casos, toca recurrir a esta medida coercitiva con el propósito de que el alimentante, la cumpla por la amenaza de su privación de la libertad y en otros casos extremos obtener la misma.”*

En nuestro país, si el alimentante infringe en el pago de dos o más pensiones alimenticias, el representante legal del menor podrá solicitar mediante escrito al juez de familia, que se le prohíba la salida del país, que se le incorpore en el registro de deudores del Consejo Nacional de la Judicatura y que se le aplique el apremio personal, que será ordenado únicamente al obligado principal; por lo tanto, no se aplicará a los obligados subsidiarios ni garantes, conforme resolvió la Corte Constitucional en la sentencia número 012-17-SIN-CC, emitida el 10 de mayo de 2017.

La legislación ecuatoriana a través del artículo 137 del COGEP, establece la procedencia del apremio personal en materia de alimentos, el cual, como se ha referido antes, fue reformado por inconstitucional por la sentencia número 012-17-SIN-CC. El artículo enumerado 20 de la Ley Reformativa al Título V Libro II del CONA manifiesta sobre el incumplimiento en el pago de dos o más pensiones alimenticias, sean o no sucesivas, que el juez dispondrá la prohibición de salida del país del deudor y su incorporación en el registro de deudores del Consejo de la Judicatura.

Apremio personal y su procedimiento

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia castigaba severamente el incumplimiento de los padres que se negaban a pasarles la manutención a sus hijos. Así, el artículo innumerado 22 de la Ley Reformativa al Título V Libro II del CONA, establecía con claridad que en caso del no pago de dos o más pensiones de alimentos, el juez ordenaba, basado a la información que conste en la tarjeta de pago respectiva, el apremio personal del obligado del obligado hasta por diez días. La sanción se extendía hasta por treinta días y la prohibición de salida del país, en los casos de reincidencia el apremio personal se ampliaba por sesenta días más y hasta por un máximo de ciento ochenta días. Señalaba que en la misma resolución que se ordena el arresto, el juez podía solicitar el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor. Según esta disposición, el demandado podía salir en libertad luego que cancele la totalidad de las pensiones adeudadas y los gastos causados por el apremio o el allanamiento.

Esta norma quedó derogada por disposición de la sentencia número 012-17-SIN-CC emitida por la Corte Constitucional. El artículo 137 establece la procedencia del apremio personal en materia de alimentos en la actualidad. En esta materia, la institución del apremio en el marco procesal como particularidad se tiene que, al privarse del derecho de la libertad individual a un alimentante, los únicos que tienen la competencia de ordenarlo son los jueces de familia (López, 2015). Para ordenar un apremio personal, el juzgador debe hacerlo siempre conforme a derecho y en este va a intervenir además la Policía Nacional (Gracia, 2015).

El artículo 137 del COGEP, ordena textualmente que: *“En caso de que el alimentante incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias sean o no sucesivas, la o el juzgador a petición de parte, previa constatación del incumplimiento del pago pecuniario o no pecuniario, dispondrá la prohibición de salida del país y convocará a audiencia que deberá realizarse en un término de diez días conforme a este artículo.*

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

Si el alimentante no compareciere a la audiencia, la o el juzgador aplicará el régimen de apremio personal total.

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

*En caso de reincidencia el apremio personal total se extenderá por sesenta días más y hasta un máximo de ciento ochenta días. En el caso que el **alimentante demostrare de manera***

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

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

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

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

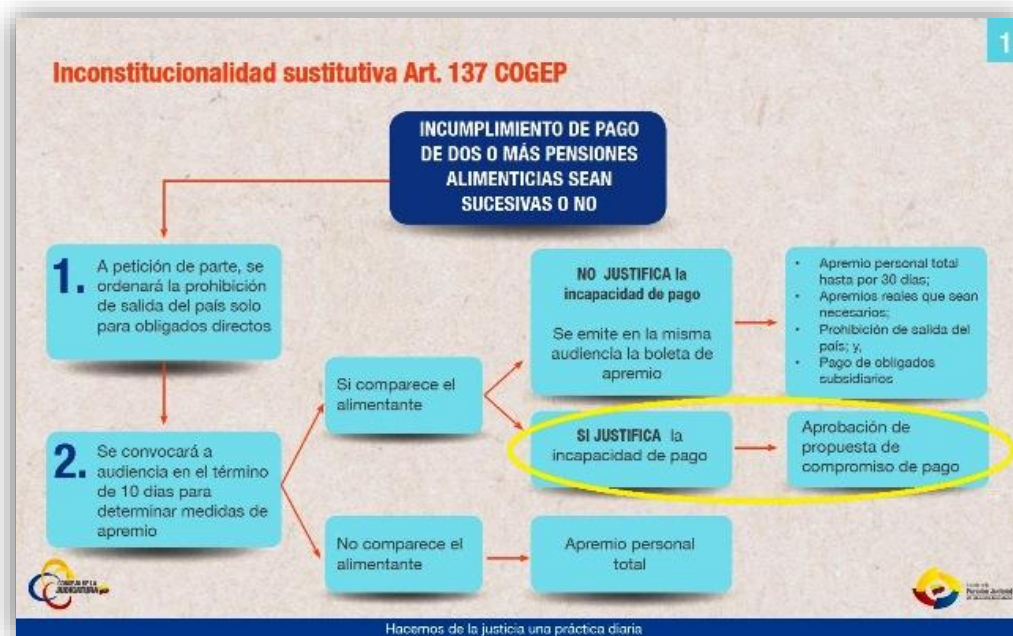
Previo a disponer la libertad de la o el alimentante, la o el juzgador requerirá la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo, cheque certificado o mediante la verificación de los documentos que justifiquen el pago.

Pagada la totalidad de la obligación, la o el juzgador dispondrá su libertad inmediata y de ser el caso, el retiro del dispositivo de vigilancia electrónica por las entidades competentes. Similar procedimiento se cumplirá cuando la o el obligado haya dejado de pagar dos o más obligaciones asumidas mediante acuerdos conciliatorios.

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

La Escuela de la Función Judicial, explica en sus capacitaciones la aplicación de este artículo, de la siguiente manera:

Fig. 2. Aplicación del artículo 137 del COGEP



Fuente y elaboración: (Escuela de la Función Judicial, 2017)

De la lectura de esta norma se colige que el objeto del artículo 137 del COGEP, consiste, en síntesis, en brindar al alimentante, en el caso de que incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias y antes de determinar la medida de apremio personal, la oportunidad de ser escuchado en una audiencia en la que se determinarán exclusivamente dos presupuestos:

- 1) Las circunstancias o razones del alimentante que no le permitieron cumplir con el pago de sus obligaciones, que pueden ser tres: tener una discapacidad; una enfermedad catastrófica o de alta complejidad; o, carecer de recursos económicos por no tener trabajo.
- 2) Un compromiso de pago. En este punto, la norma es suficientemente clara al indicar que, **si el alimentante demostrare su incapacidad de cumplir con sus obligaciones, el juzgador aprobará un compromiso de pago** y si no, dispondrá apremio personal total. En este trámite el operador de justicia nunca podrá de oficio intervenir, sino se hace a petición de parte, y una vez que constate por pagaduría el incumplimiento, dispondrá siempre la prohibición de salida del país y luego convocará a la audiencia la cual se denomina “de revisión de apremio”, que en el término de diez será su realización (Cevallos, 2019).

En palabras más sencillas, en esta audiencia el alimentante tiene el derecho que el juez de familia le escuche las razones de por qué no ha podido cumplir con el pago y como se señala en el inciso segundo del artículo 137 del COGEP, no entrará en discusión el monto adeudado u otros aspectos que no tengan se relacionen con el objeto de la audiencia. Entonces, aquí se le da la oportunidad al alimentante de que con medios probatorios útiles, pertinentes y conducentes, justifique su incumplimiento, y si demuestra correctamente que fue por ser discapacitado, por

padecer una enfermedad catastrófica o por estar desempleado, la ley le admite una propuesta de pago que el juez está obligado a aprobar.

Los juicios de alimentos por lo general no se archivan totalmente e independientemente del año en que se iniciaron y sustanciaron, las providencias judiciales tienen que ir acordes a la legislación actual, por ejemplo, el caso que se va a analizar en el presente trabajo investigativo corresponde al año 2012 donde aún no existía el COGEP; sin embargo, cada providencia luego de la promulgación del referido cuerpo normativo se emite acorde a este código y obviamente lo que refiere al apremio personal se lo hará de conformidad a la reforma del artículo 137 del COGEP, por disponerlo así la Corte Constitucional.

El ejemplo que señalamos está sustanciado en la Unidad Judicial Multicompetente de Rocafuerte, provincia de Manabí, el Juez mediante auto escrito emitido el 26 de mayo de 2021, a las 08h25, dispone, que: *“En virtud de que se llevó a efecto la audiencia de revisión de apremio en cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 137 del Código Orgánico General de Procesos, (...) conforme consta el acta de comparecencia según obra a fojas 232 del proceso, donde compareció la actora señora KATIUSKA GABRIELA PONCE ONCE conjuntamente con su defensora técnica de la defensoría Pública; e igualmente el demandado MIJAIL ESTEVAN CASTRO LOYOLA asistido por su defensor técnico y revisada la tarjeta SUPA 1301-02995 a).- Se verifica que el alimentante señor MIJAIL ESTEVAN CASTRO LOYOLA adeuda a la presente fecha del mes de mayo del 2021, la suma de \$4901,88 Dólares Americanos” dentro de la audiencia, el demandado pese haber producido como sustento jurídico documentos como el certificado extendido por el Instituto Ecuatoriano de seguridad social IESS donde certifica que el señor MIJAIL ESTEVAN CASTRO LOYOLA con cedula No. 1309491188, encontrándose cesante la actualidad, el certificado de Información de dependencia laboral extendió por el Misterio de Trabajo donde certifica que el señor MIJAIL ESTEVAN CASTRO LOYOLA con cedula No. 1309491188 no registra dependencia laboral, así como la consulta de Ruc. Y la certificación del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Rocafuerte donde certifica que señor MIJAIL ESTEVAN CASTRO LOYOLA con cedula No. 1309491188 no tiene registrado ninguna actividad económica en esta jurisdicción, con lo cual presuntamente el accionado justificaría lo señalado en el inciso tercero del Art. 137 del COGEP. Esto es no tener actividad laboral ni recursos económicos; pero si bien es cierto este no es el único presupuesto que debe ser justificado por el demandado ya que el compromiso de pago para cancelar lo adeudado, este debe precautelar siempre los derechos del alimentado. Lo cual no ha ocurrido en el presente ejemplo, pese a la insistencia por parte del juzgador al demandado a que mejore su propuesta o fórmula de pago con respecto a la deuda alimenticia, con el objetivo de priorizar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios como titulares del derecho. Consecuentemente el accionado señor MIJAIL ESTEVAN CASTRO LOYOLA no ha justificado en derecho los motivos del incumplimiento de pago de alimentos que es un derecho de los menores, atento al estado de la causa y los documentos señalados, para resolver sobre ellos, se considera:*

1) Los artículos 66.29.c. de la Constitución de la República del Ecuador; 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 7.2 y 7.7 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; 11, 14 y 256 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA); y, 135; En la especie, constan del proceso todos los presupuestos determinados en el considerando anterior, pues consta que el obligado debe más de dos pensiones alimenticias, y se la ha prevenido legalmente sobre las consecuencias de su incumplimiento, además de que conforme al artículo 13, la Ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna. Por la motivación expuesta, se ordena el APREMIO TOTAL PERSONAL, hasta por sesenta (60) DÍAS, del ciudadano MIJAIL ESTEVAN CASTRO LOYOLA con cédula de ciudadanía No. 1309491188, esto por cuanto de la revisión del proceso consta que el accionado registra detención anterior por concepto de pensiones alimenticias, a fin de que cumpla con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas, que se contará a partir de la aprehensión efectiva del demandado. El presente apremio personal se ordena sin perjuicio de que en el momento que el alimentante cancele la totalidad de la deuda, se levante esta medida cautelar. Para el efecto deténgase al alimentante con la intervención de la Fuerza Pública acorde con el artículo 30 inciso segundo del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), quien una vez detenido, será conducido al Centro de Detención Provisional de Portoviejo en donde permanecerá a órdenes de esta autoridad; debiendo dársele al detenido las garantías establecidas en el Art. 77 numeral tercero de la Constitución de la República del Ecuador.

El alimentante no está de acuerdo con lo resuelto en el prenombrado auto que dispone el apremio personal en su contra y con fundamento en el número 23 del artículo 66, artículo 76 de la Constitución de la República y primer inciso del artículo 254 del COGEP, lo recurre a través de un recurso de revocatoria, sostenido en los siguientes argumentos:

Que el Juez de primer nivel yerra ignorando el objeto del artículo 137 del COGEP, que consisten en brindar al alimentante, en caso de que incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias la oportunidad de ser oído en una audiencia en la que se determinarán exclusivamente dos presupuestos: **1) Las circunstancias del alimentante que no le permitieron cumplir con el pago de sus obligaciones, que pueden ser únicamente: tener una discapacidad; una enfermedad catastrófica o de alta complejidad; o, carecer de recursos económicos por no tener trabajo. 2) Un compromiso de pago.** En este punto, la norma es clara al indicar que, **si el alimentante demostrare su incapacidad de cumplir con sus obligaciones, el juzgador aprobará un compromiso de pago** y sólo si no lo demostrare, ordenará el apremio personal total.

Que se presentó puntualmente a la audiencia de revisión de apremio personal y que alegó expresamente que no pudo cancelar oportunamente las pensiones alimenticias por carecer de recursos económicos por no tener trabajo y demostró de manera justificada su incapacidad para cumplir los pagos mediante los siguientes instrumentos públicos, que constituyen medios probatorios:

- Certificado electrónico de no tener afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

- Certificado electrónico de no tener dependencia laboral con el sector público extendido por el Ministerio de Trabajo.
- Certificación donde consta que no posee patente comercial emitida por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Rocafuerte.
- Impresión de consulta virtual de no poseer Registro Único de Contribuyentes del Servicio de Rentas Internas.

Que con esta documentación justificó contundentemente que no tiene empleador público ni privado, que no es servidor ni trabajador público, que no tiene ingresos por dependencia laboral alguna y que no posee algún negocio a nivel local ni nacional; consecuentemente, cumplió con el primer presupuesto que exige el artículo 137 del COGEP.

Luego de haber justificado con medios probatorios su incapacidad de pago, después de algunas propuestas y contrapropuestas de las partes, hizo una propuesta de arreglo final, de la siguiente manera:

- Una cuota inicial pagadera en efectivo en la misma audiencia por la cantidad de **TRESCIENTOS CON 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$ 300 USD)**.
- Cuotas mensuales de **TREINTA CON 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$ 30 USD)**, a partir del mes de junio de 2021, conjuntamente con la pensión alimenticia mensual que está en **CIENTO SETENTA Y TRES CON 54/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$ 173,54 USD)**.

Que al haber justificado en derecho la razón por la que no pudo cancelar oportunamente las pensiones alimenticias y al haber ofrecido un acuerdo de pago digno y conforme a sus posibilidades económicas, cumplió también con el segundo presupuesto exigido por el artículo 137 del COGEP, por lo que el Juez debió aplicar lo ordenado en el inciso cuarto del artículo 137 del COGEP, que dispone: *“En el caso que el alimentante demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con sus obligaciones, la o el juzgador aprobará una propuesta del alimentante en torno a su compromiso de pago para cancelar lo adeudado, precautelando siempre los derechos del alimentado.”* **(Lo resaltado es énfasis)**

Que, sin embargo, en la audiencia de revisión de apremio, el Juez al resolver oralmente sólo se limitó a mencionar sus justificativos documentales sin valorarlos y repitió lo que mencionó la Defensoría Pública de la accionante en su intervención: *“Que mejore su propuesta, porque en Rocafuerte nos conocemos todos y sabemos que el señor demandado tiene ingresos por arriendos”*, lo cual es falso y no fue probado con documentos por la contraparte.

Que da vergüenza ajena que un Juez sostenga su resolución oral en una afirmación dicha por la parte actora: *“(…) En Rocafuerte nos conocemos todos y sabemos que el señor demandado tiene ingresos por arriendos”*, pues el COGEP en su artículo 162, exige que deben probarse todas las afirmaciones hechas por las partes procesales. Como ya estableció el impugnante, este hecho es falso y no fue probado por la actora; consecuente, es una suposición y mera expectativa que no constituye derecho, conforme el número 6 del artículo 7 del Código Civil, que prescribe: *“La ley*

no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes: (...) 6. Las meras expectativas no constituyen derecho; (...)”

Que el inciso cuarto del artículo 137 del COGEP, una vez justificada la razón que le imposibilitó cumplir la obligación alimentaria, no le faculta al Juez a “analizar” la propuesta de pago presentada por el alimentante, sino que tiene que “aprobar” obligatoriamente dicha propuesta, ya que no viola derechos de los niños, niñas y adolescentes; al contrario, los precautela. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término “aprobar” hace mención a considerar que algo está bien, aceptarlo o expresar conformidad con ello. Esto nos da la noción de utilizar dicho término en el presente ejemplo para admitir la propuesta de pago en audiencia, lo que ha ignorado el Juez.

Que la Corte Constitucional, de acuerdo con el número 5 del artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y con respecto a los principios de supremacía constitucional y eficacia normativa, en la sentencia número 012-17-SIN-CC, de 10 de mayo de 2017, dejó puntualizado que ninguna autoridad o persona natural o jurídica, podrá efectuar o aplicar una interpretación distinta al artículo 137 del COGEP. Que con el auto emitido el emitido el 26 de mayo de 2021, a las 08h25, el Juzgador está yéndose en contra no solo de una norma legal, sino también de una disposición expresa del máximo organismo de control constitucional del país.

El alimentante manifiesta así, que al resolver contrario a una disposición expresa contenida en la ley (inciso cuarto del artículo 137 del COGEP), la autoridad jurisdiccional está cometiendo una arbitrariedad. Que, por lo tanto, lo resuelto es una fuerte distracción que destruye el sistema procesal, el debido proceso, el trámite propio y especialmente constituye un “error inexcusable” que debe ser sancionado, según lo prescrito en el artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial.

La Administración de Justicia, respecto al referido recurso de revocatoria, se hizo la desentendida y siguió renovando la orden de apremio personal en contra del demandado.

Conclusiones

Es incuestionable que los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho inherente e irrenunciable de la prestación de alimentos, lo que es amparado por la Convención sobre Derechos del Niño, la Constitución de la República, el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, así como se ha determinado en varias decisiones judiciales de justicia ordinaria y constitucional, en las mismas que se contiene el proceso a seguir para solicitarlas, para darlas de forma voluntaria y para que se cumpla el pago de éstas en caso de incumplimiento.

En el Ecuador, el apremio personal en alimentos tiene por objeto la privación de libertad del alimentante para asegurar el pago de pensiones alimenticias atrasadas, tal como lo señala la normativa vigente.

Hasta aquí la dinámica es clara en que es un derecho, sin embargo, el problema trasciende al momento de exigir el pago de las pensiones alimenticias atrasadas por parte del obligado. El espíritu del artículo 137 del COGEP, mismo que establece el trámite para cobrar las pensiones alimenticias, es conciliador. Es decir, en nuestra legislación, en caso de incumplimiento de pensiones alimenticias, el deudor tiene la oportunidad de proponer acuerdo de pago con el fin de cancelar la totalidad de la deuda; de no existir acuerdo y en último caso se recurre al apremio personal, como método de garantía para que el pago de pensión alimentaria sea cumplido.

En el texto de la reforma de esta norma se elimina el apremio directo, puesto que ahora se realiza una audiencia en la que el juez determina si el deudor de pensiones no pagó por ser discapacitado, tener una enfermedad catastrófica o de alta complejidad, o por estar desempleado. La Corte Constitucional decidió modificar y declarar inconstitucional el artículo 137 del COGEP, para dar facilidades al alimentante para cancelar los rubros atrasados en salvaguarda de que el menor de edad reciba la ayuda económica. El artículo 137 del COGEP determina que, una vez justificada la razón que imposibilitó cumplir la obligación alimentaria, no le faculta al Juez a “analizar” la propuesta de pago presentada por el alimentante, sino que tiene que “aprobarla” obligatoriamente, ya que no viola derechos de los niños, niñas y adolescentes; al contrario, los precautela.

No se debe usar esta disposición como mecanismo para encerrar a un ser humano injustificadamente. Si se encarcela al alimentante, y más aún, de forma arbitraria como ha sucedido en el caso que se ha analizado en la presente investigación, se vulneran derechos de ambas partes, puesto que va a ser peor la situación, porque no se podrá cancelar la deuda atrasada, ya que a nadie le pagan por estar en la cárcel. Más bien aprobar el acuerdo de pago protege el interés superior de los menores.

Producto de la presente investigación quedó evidenciado que el juzgador puede, como en el ejemplo de juicio de alimentos ya mencionado, no aplicar de manera eficaz los presupuestos contenidos en el inciso cuarto del artículo 137 del COGEP, ya que no valoran los medios probatorios que justifican una o más de las causas aceptadas por la legislación en el pago no oportuno de pensiones alimenticias, no aprueban la propuesta de pago y ordenan el apremio personal arbitrariamente, lo que constituye vulneración expresa al derecho constitucional de ser escuchado del alimentante y de norma legal expresa.

Referencias

- Alexy, R. (2015). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: EPC.
- Alimentos. (2012). 13314-2012-0324. Rocafuerte: Unidad Judicial Multicompetente Civil de Rocafuerte.
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República*. Quito: CEP.
- Asamblea Nacional. (2015). *Código Civil*. Quito: CEP.
- Asamblea Nacional. (2016). *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Quito: CEP.
- Asamblea Nacional. (2019). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: CEP.
- Ayala, D. (2017). Los parámetros del artículo 137 del COGEP. Obtenido de <<https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/6291/1/TUAEXCOMAB014-2017.pdf>>
- Badaraco Delgado, V. (2012). *La Obligación Alimenticia*. Guayaquil: Biblioteca Jurídica.
- Baqueiro Rojas (2002). Edgar y Rosalía Buenrostro Báez. “Derecho de Familia y Sucesiones”. Colección Textos Jurídicos Universitarios. México. Oxford.
- Baratta, Alessandro, (1995). “Democracia y derechos del Niño”, en “El Derecho y los Chicos”, Espacio Editorial, Buenos Aires, 1995.
- Barg, Liliana, (2003) “Los vínculos familiares”, Espacio Editorial, Bs.As.
- Barletta, M. (2018). *Derechos de la Niñez y Adolescencia*. Lima: S.E.
- Bernal, C. (2013). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Castañeda, P. (2018). *La prueba en el COGEP*. Quito: Derecho Ecuador.
- Cevallos, M. (2019). El apremio personal de privación de libertad en los juicios de alimentos. Obtenido de <https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/3355/1/TESIS%20MJCA%2026-03-2019.pdf>
- Couture, E. (1999). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: De palma.
- Devis Echandía, H. (2005). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis.
- Escobar, F. (2020). *Derecho de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Gemagrafic.
- Escuela de la Función Judicial (2017). Quito: Lámina sobre inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 137 del COGEP. Obtenido de <<https://aulavirtual.funcionjudicial.gob.ec/>>
- García Hernán, Albán Fernando y Guerra Alberto. (2008) *Derecho de la Niñez y Adolescencia*.
- Ibarrola, (1990) Antonio De. “Derecho de familia. 3ª. Edición”, Editorial Porrúa, México, 1990.
- García Méndez, Emilio y Carranza, Elías. (1992) “Del revés al Derecho. La condición jurídica de la Infancia en América Latina”. Editorial galerna, Buenos Aires.
- Quito: Cámara Ecuatoriana del Libro – Núcleo de Pichincha.
- Gracia, L. (2015). *Fundamentos del Sistema del Derecho Penal*. S.L: Cevallos Jurídica Editora.
- La cruz Berdejo, José Luis y Otros. (1982) “El nuevo régimen de la familia”. Cuaderno Civitas Editora, Madrid.

López, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas. Colombia: Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud.

Montaña, J. (2012). Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Quito: CEDEC.

Vodanovic, A. B. (1987). Derecho de Alimentos. Santiago de Chile: Editar - Conosur Ltda.

Zonnoni, (1981). Eduardo. Buenos Aires: Astrea.