

CERTIFICACIÓN

Ab. PhD. Galo Stalin Blacio Aguirre.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DE LOJA

CERTIFICO:

Que la presente Tesis de Grado previo a optar por el título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, titulada: "Vulneración del interés superior del menor, al momento que el progenitor tenedor, obstaculiza el régimen de visitas", elaborada por la señora Martha Beatriz Olaya Montoya, ha sido desarrollada bajo mi dirección y asesoría, cumpliendo al momento con todos los requisitos exigidos el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad, para el trabajo de su categoría, por lo que autorizo su presentación ante el correspondiente Tribunal de Grado para los fines pertinentes.

Loja, 24 de Junio de 2015

Ab. PhD. Galo Stalin Blacie Aguirre.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA

Yo, Martha Beatriz Olaya Montoya, declaro ser autora del presente trabajo

de tesis: "Vulneración del interés superior del menor, al momento que el

progenitor tenedor, obstaculiza el régimen de visitas", y eximo

expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes

jurídicos de posibles reclamos o acciones legales por el contenido de la

misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la

publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional – Biblioteca Virtual.

Autora: Martha Beatriz Olaya Montoya

Cédula: No. 070302882-9

Fecha: Loja, 24 de Junio de 2015

iii

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTORA, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Martha Beatriz Olaya Montoya, declaro ser autora de la tesis titulada: "Vulneración del interés superior del menor, al momento que el progenitor tenedor, obstaculiza el régimen de visitas", como requisito para optar al grado de Abogada; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional: Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los veinticuatro días del mes de junio del dos mil quince, firma de la autora.

Firma:

Autora: Martha Beatriz Olaya Montoya

Cédula: No. 070302882-9

Dirección: Ciudadela: Rumiñahui. Calles: Pichincha, Manabí y Azuay.

Cantón: Huaquillas. El Oro.

Correo Electrónico: martha-olaya2010@hotmail.com

DATOS COMPLEMENTARIOS.

Director de Tesis: Ab. PhD. Galo Stalin Blacio Aguirre.

Tribunal de Grado:

Presidente: Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos **Vocal:** Dr. Mg. Juan Carlos Jaramillo Montesinos

Vocal: Dr. Renato Aguirre Valdivieso

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a Dios por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud y vida para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor.

A mis hijos los cuales han sido el motivo y mi inspiración para seguir adelante, que en base de su sacrificio y comprensión me han sabido comprender. A mis padres por haberme darme la vida, a mi hermanita Mercedes a mis suegros que han sido como mis segundos padres, que con su esfuerzo y sacrificio me han ayudado para poder lograr lo que me propuse ser, y a toda mi familia por el apoyo emocional y estimulo que siempre me han brindado en todo momento.

.

La Autora

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento imperecedero a la Universidad Nacional de Loja, que siempre ha sido fuente del saber, luz y camino en la conducción de múltiples generaciones. Mi eterna gratitud, especialmente a la Carrera de Derecho, por haber permitido realizar mis estudios superiores, a mis docentes que orientaron y compartieron sus conocimientos y experiencias como profesionales, al personal Administrativo, y de manera muy especial al Ab. PhD, Galo Stalin Blacio Aguirre, Mg. Sc., Director de la presente tesis, que sin importar sus labores personales, familiares y profesionales, tuvo tiempo para asesorarme con sus conocimientos durante todo el desarrollo del presente trabajo de investigación hasta su culminación.

La Autora

TABLA DE CONTENIDOS

1. Titulo
2. Resumen
2.1. Abstract
3. Introducción
4. Revisión de Literatura.
4.1. Marco Conceptual.
4.1.1. Derecho de familia.
4.1.2. Matrimonio
4.1.3. Divorcio
4.1.4. Patria Potestad
4.1.5. Tenencia
4.1.6. Régimen de Visitas
4.1.7. Interés Superior del menor de edad.

Portada

Autoría

Dedicatoria

Agradecimiento

Tabla de Contenidos

Certificación

Carta de Autorización

4.2. Marco Doctrinario.

- 4.2.1. La Padrectomía por la Obstrucción del vínculo y la disminución de la Función Parental.
- 4.2.2. El Síndrome de Alienación Parental por la separación de los Progenitores.
- 4.2.3. La Tutela Vincular en el Régimen de Visitas.
- 4.2.4. El Principio del Interés Superior del Niño en el Régimen de Visitas.

4.3. Marco Jurídico.

- 4.3.1. Constitución de la República del Ecuador
- 4.3.2. Declaración de los Derechos del Niño.
- 4.3.3. Convención Sobre los Derechos del Niño.
- 4.3.4. Código de la Niñez y Adolescencia.

4.4. Legislación Comparada.

- 4.4.1. Código de los Niños y Adolescentes de la República del Perú
- 4.4.2. Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de la República Bolivariana de Venezuela.

5. Materiales y Métodos.

- 5.1. Materiales Utilizados.
- 5.2. Métodos.
- 5.3. Procedimientos y Técnicas.

6. Resultados.

6.1. Resultado de las Encuestas.

- 6.2. Resultado de las Entrevistas.
- 6.3. Estudio de Caso

7. Discusión.

- 7.1. Verificación de Objetivos.
- 7.2. Contrastación de Hipótesis.
- 7.3. Fundamentación Jurídica.
- 8. Conclusiones.
- 9. Recomendaciones.
 - 9.1. Propuesta Jurídica
- 10. Bibliografía
- 11. Anexos

Índice

1. TÍTULO.

"VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, AL MOMENTO QUE EL PROGENITOR TENEDOR, OBSTACULIZA EL RÉGIMEN DE VISITAS".

2. RESUMEN

La presente tesis lleva por título: "Vulneración del interés superior del menor, al momento que el progenitor tenedor, obstaculiza el régimen de visitas", es indispensable su desarrollo debido a que en la actualidad los menores de edad están siendo afectados de su integridad psicológica, porque sus progenitores por represalias de su divorcio o separación, se limitan a que el progenitor visitante logre ver a su hijo, por no estar en el hogar el día y hora señalada por el juez para que se cumpla con el régimen de visitas; este obstáculo debe ser comprobado y reprimido el progenitor tenedor que vulnera el interés superior del menor de edad y el estado emocional del hijo y de su padre que no logra verlo y mantener relaciones familiares. Esto vuelve necesario que se garanticen los derechos del menor de edad y del progenitor visitante, siendo pertinente incorporar una reforma al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.

El trabajo teórico y de campo de la presente tesis me ha permitido obtener criterios, con fundamentos claros y precisos, de bibliografía muy reconocida, que aportaron a la verificación de objetivos, y contrastación de las hipótesis planteadas, permitiendo apoyar los cambios a la Ley Orgánica de la Niñez y Adolescencia, previo a garantizar el principio del interés superior del niño y adolescente que está siendo limitado a que su padre lo visite por existir obstáculos por parte de su tenedora que no deja que lo visite al menor.

El contenido de esta tesis es un esfuerzo intelectual en el ámbito científico y metodológico, que aborda teórica y empíricamente, la limitación al derecho de visitas del progenitor a su hijo. Dichas limitaciones al régimen de visitas por parte del tenedor que obstaculiza la visita trasladándose con el menor a otro lugar para que el padre no lo pueda ver y entablar relaciones familiares.

2.1. ABSTARCT

This thesis entitled "Violation of the interests of the child, when the parent fork hinders visitation", its development is essential because at present the minors are being affected in their psychological integrity because their parents retaliatory their divorce or separation, limited to the visitor parent to see your child achieve, not being at home the day and time designated by the judge so that they comply with the visitation; This obstacle must be checked and repressed fork parent violates the interests of the minor and the emotional state of the child and of his father fails to see and maintaining family relationships. This becomes necessary that the rights of the minor and the parent visitors are guaranteed, remain relevant include a reform of the Organic Code of Children and Adolescents.

The theoretical and field work of this thesis has allowed me to get criteria, with clear and precise grounds of well known literature, which contributed to the verification of targets, and testing of the hypotheses, allowing support changes to the Organic Law Childhood and Adolescence, prior to ensure the best interests of the child and adolescent is being limited to his father to visit without obstacles by its parent that leaves you visit the child.

The content of this thesis is an intellectual effort in the scientific and methodological level, which deals theoretically and empirically, the limitation on the right to visits from parent to child. Such limitations on visitation by the

holder hampering moving the child to another place so that the father can not see and engage in family relations visit.

3. INTRODUCCIÓN.

El título de la presente tesis corresponde: "Vulneración del interés superior del menor, al momento que el progenitor tenedor, obstaculiza el régimen de visitas", y surge su interés por desarrollarlo debido a que en la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 67, reconoce a la familia en sus diversos tipos. Siendo el Estado ecuatoriano el encargado de proteger como núcleo fundamental de la sociedad y garantizar condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes; más adelante en el Art. 69, numeral cuatro encontramos que el Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas o jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa. Esto en concordancia con lo dispuesto en el Art. 272 del Código Civil, que tipifica el Derecho de visitar a los hijos; siendo clara la norma constitucional en señalar que no se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieren sido sacados los hijos, visitar a éstos con la frecuencia y libertad que el juez estimare conveniente. Sin embargo esta normativa legal no está siendo cumplida porque existen casos en donde el padre por disposición del juez competente debe de visitar a su hijo, pero cuando llega la fecha y hora, no lo puede visitar porque no se encuentra; de esta manera a los padres se les viene privando del derecho a visitar a su hijos, por parte de las madres que limitan este derecho de visitas, lesiona el

interés superior del niño, niña y adolescente; sin considerar; que está siendo afectado emocionalmente.

La presente tesis se encuentra estructura con el informe final que contiene: La revisión de Literatura que comprende: Marco Conceptual, integrado por; Derecho de familia, Matrimonio, Divorcio, Patria Potestad, Tenencia, Régimen de Visitas, y, Interés Superior del menor de edad. El Marco Doctrinario compuesto por las temáticas que versan sobre; la Padrectomía por la Obstrucción del vínculo y la disminución de la Función Parental, El Síndrome de Alienación Parental por la separación de los Progenitores, La Tutela Vincular en el Régimen de Visitas, y, El Principio del Interés Superior del Niño en el Régimen de Visitas. En el Marco Jurídico analizo normas de la Constitución de la República del Ecuador, Declaración de los Derechos del Niño, Convención Sobre los Derechos del Niño, y, Código de la Niñez y Adolescencia. En la Legislación Comparada analizo el Código de los Niños y Adolescentes de la República del Perú, y, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de la República Bolivariana de Venezuela.

En segundo lugar los Materiales y Métodos, que sirven como apoyo en la investigación de campo dado a través de las encuestas y entrevistas aplicadas a diferentes personas entres estos Profesionales del Derecho y Funcionarios del Medio Ambiente. También apliqué los procedimientos de observación, análisis y síntesis los que requería la investigación jurídica propuesta, auxiliada de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental. En la investigación de campo consulte la opinión

de las personas conocedoras de la problemática, mediante el planteo de treinta encuestas y cinco entrevistas; en ambas técnicas planteé cuestionarios derivados de la hipótesis.

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

Finalmente se cumplió el trabajo de síntesis que me ha permitido la recreación del conocimiento formulando importantes y significativas deducciones y sugerencias dentro de los contenidos de Conclusiones y Recomendaciones, para luego formular una propuesta jurídica de posibles soluciones del problema al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Derecho de Familia

"La familia es la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de filiación". En el sentido más restringido, la familia comprende sólo el núcleo paterno-filial, denominado también familia conyugal o pequeña familia, es decir, la agrupación formada por el padre o la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad.

La familia, "por linaje o sangre, la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales como un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados. Con predominio de lo afectivo o de lo hogareño, familia es la inmediata parentela de uno; por lo general, el cónyuge, los padres, hijos y hermanos solteros. Por combinación de convivencia, parentesco y subordinación doméstica convivencia, parentesco y subordinación doméstica"². La familia es la institución más antigua que conoce la humanidad, La sociedad necesita de la familia para sobrevivir, es un instrumento de socialización imprescindible; de cualquier forma que sea la familia, es el hábitat personal primario del hombre.

-

¹ BELLUSCIO, Augusto, C, Derecho de Familia. Tomo I, Parte General, Matrimonio, Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1979, Pág.3.

² CABANELLAS, de Torres, Guillermo, "Diccionario Jurídico Elemental", Editorial Heliasta, Buenos Aires- Argentina, 2003, Pág. 166.

Por familia se entiende a "personas emparentadas entre sí que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas"³.

La familia es el conjunto de personas que están unidas por el matrimonio, o por la filiación y también, pero excepcionalmente por la adopción.

"Esta palabra designa también, en un sentido más limitado, a los miembros de la familia que viven bajo un mismo techo, sujetos a la dirección y con los recursos del jefe de la casa. Éste era el sentido de la palabra latina familia, que designaba especialmente la casa y que aún se encuentra en las expresiones francesas: vida de familia, hogar de familia".

De acuerdo a éste concepto la familia es una institución de tipo jurídico que nace de la unión de dos personas hombre y mujer en razón del matrimonio o unión de hecho, de la filiación, y en algunos casos también por la adopción la cual también da lugar a la conformación de un grupo familiar.

El término familia designa asimismo a los integrantes de una familia que están bajo un mismo techo sujetos a la dirección y con los recursos del jefe de casa.

La palabra familia tiene una aceptación dentro de la sociedad como el hogar que es la relación afectiva y social que la comparten los integrantes del núcleo familiar.

-

³ GRAN DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO RIMEX, Editores Internacionales Rimex, Tercera Edición, Bogotá-Colombia, 2002.

⁴ PLANIOL, Marcel, Derecho Civil, Editorial Harla, México D.F., 2001, Pág. 105.

4.1.2. Matrimonio.

"El matrimonio es la base fundamental de la familia, es el centro de la misma, y las demás instituciones que integran el derecho, no son más que consecuencias o complementos de aquél"⁵.

El matrimonio es la unión de una pareja de personas de distinto sexo, cuya finalidad es la procreación de tener hijos, en caso de poder, pueden adoptar; así mismo los cónyuges se unen y comprometen auxiliarse entre los dos en todos los momentos.

"Jurídicamente, el matrimonio es un contrato solemne con el cual los esposos declaran querer tomarse, respectivamente, por marido y mujer, con el fin de constituir la sociedad conyugal; esta sociedad, de la cual nacen deberes recíprocos entre los cónyuges y entre éstos y la prole, y vínculos de parentesco legítimo"⁶.

Es considerado un contrato solemne el matrimonio porque debe celebrárselo ente una autoridad administrativa, y cumpliendo las normas legales que prevé la ley respectiva; así como se debe cumplir con ciertos requisitos para contraer matrimonio. En un matrimonio nacen los lasos de consanguinidad que son sus hijos, y los lasos de afinidad que son sus suegros, cuñados, ahijados, entre otros.

_

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. "Tratado de derecho civil español". Tomo IV. Tercera edición. Talleres Tipográficos "Cuesta". Valladolid-España. 1926. Págs. 49 y 50.

⁶ BRUGI, Biagio. "Instituciones del derecho civil". Unión Topográfica Editorial Hispano Americana. México D.F. 1946. Páq. 413.

El matrimonio "es la unión permanente, exclusiva y lícita (lo que implica afirmar que se han respetado las exigencias legales de forma y fondo) del hombre y la mujer".

El matrimonio es la unión del hombre y de la mujer formada con miras a la creación de una familia. La ley reconoce esta unión y le otorga efectos jurídicos a causa de su carácter moral y de su importancia social.

El matrimonio es "la sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse por socorros mutuos o sobrellevar el peso de la vida y compartir su destino común"⁸.

El matrimonio es la sociedad de bienes de los cónyuges que se casan con la misión de procrear, y prestarse auxilio mutuo en el momento que se requiera.

Matrimonio: "declaración voluntaria de un hombre y una mujer de quererse tomar recíprocamente como marido y mujer".

El matrimonio es la institución jurídica más importante del derecho civil, pues es a través del matrimonio, se da paso a la creación de la familia, que es el núcleo de la sociedad.

8 PORTALIS; citado por PAVON, Cirilo. "Tratado de la familia en el derecho civil argentino". Tomo I. Editorial Ideas. Buenos Aires-Argentina. 1946. Pág. 174.

⁷ ARIAS, José. "Derecho de familia". Segunda Edición. Editorial Kragt Limitada. Buenos Aires-Argentina. 1952. Pág. 77.

⁹ BARBERO, Doménico. "Sistema del derecho privado". Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires-Argentina. 1967. Pág. 39.

"El matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer, que se encamina al establecimiento de una plena comunidad de vida y funda la familia. El matrimonio no es una creación del Derecho, sino una institución natural, querida por Dios y recogida por la ley humana en cuanto pieza fundamental en la convivencia social, que es la que aquélla regula" 10.

El matrimonio es una institución jurídica; pero acaso de mayor importancia que todas las demás instituciones del derecho privado, porque forma o constituye el fundamento de la organización civil, y representa a su vez la completa comunidad de vida de un hombre y una mujer reconocida, amparada y regulada por el derecho.

"Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y de auxiliarse mutuamente" ¹¹.

Concluyo que el matrimonio tiene tres características esenciales, la primera es que este es un contrato solemne o acuerdo de voluntades, celebrado por un hombre y una mujer; segundo este contrato debe ser celebrado ante la autoridad competente y revestido de todas las solemnidades que la ley estipula, como lo es ante el jefe del Registro Civil y cumpliendo con los requisitos obligatorios para este acto solemne; y, tercero la finalidad que persigue este contrato es la de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

_

ALBALADEJO, Manuel. "Curso de derecho civil". Tomo IV. Librería Bosch. Barcelona-España. 1982. Pág. 31.
 CÓDIGO CIVIL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2015. Art. 81.

4.1.3. Divorcio.

"La palabra divorcio, etimológicamente deriva del término latino divortium, que a su vez proviene del verbo divertere, que significa separarse o ir cada uno por su lado"12.

El divorcio significa que los cónyuges separadas por esta institución deben cada quien hacer lo que bien les plazca, porque quedan en libertad de aquel vínculo matrimonial que los unía.

"El divorcio es la ruptura total y definitiva del vínculo matrimonial, fundada en cualquiera de las causales previstas en la ley. Para que surta sus efectos debe haber sido declarado por el órgano jurisdiccional competente" 13.

Tomando como base lo dispuesto en el régimen civil, se afirma que el divorcio es una institución de derecho de familia que consiste en la disolución del vínculo matrimonial por decisión judicial y por las causales establecidas en la ley.

"El divorcio es la disolución del matrimonio válido en la vida de los esposos, y habilita a los divorciados para contraer nuevas nupcias" 14.

El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, a consecuencia de una decisión judicial dictada por el Juez competente y con las solemnidades previstas para este caso, frente a la petición presentada por los cónyuges o

¹² ASOCIACIÓN PERUANA DE INVESTIGACIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS. "Derecho Procesal Civil". Tomo II. Editorial San Marcos E.I.R.L. Lima-Perú. 2010. Pág. 148. ASOCIACIÓN PERUANA DE INVESTIGACIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS. Obra cit. Pág. 148.

¹⁴ BELLUSCIO, Augusto César. "Manual de derecho de familia". Tomo I. Tercera Edición. Reimpresión. Ediciones Depalma. Buenos Aires-Argentina. 1981. Pág. 387.

por la demanda presentada por uno de ellos, de conformidad con las causales establecidas en el régimen procesal civil.

"Se denomina divorcio a la disolución del vínculo matrimonial mediante sentencia judicial. El divorcio constituye el origen de un verdadero estado de familia que restituye la aptitud que el matrimonio produjo hasta que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada" 15.

El divorcio puede ser de dos clases; divorcio controvertido o divorcio por mutuo consentimiento, las dos clase ponen fin al vínculo matrimonial y los deja en libertad a cada uno para escoja su nueva forma de vivir.

"El divorcio produce la disolución del matrimonio en vida de los esposos, por sentencia judicial, extinguiéndose, como regla, todos los derechos-deberes personales y patrimoniales, sin perjuicio de alguna excepción" ¹⁶.

En la actualidad a más de la sentencia judicial ejecutoriada como requisito para la disolución del vínculo matrimonial, también nos enfrentamos en los divorcios por mutuo consentimiento solo en los casos que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia, se pueden divorciar ante un Notario Público, quien emite un acta protocolizada para su marginación en el Registro Civil.

16 AZPIRI, Jorge. "Derecho de familia". Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires-Argentina. 2000. Pág. 225.

_

¹⁵ BOSSERT, Gustavo; y, ZANNONI, Eduardo. "Manual de derecho de familia" Segunda Edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires-Argentina. 1989. Pág. 264.

"Una forma de disolución del estado matrimonial y, por ende, de poner término a éste en vida de los cónyuges, es el divorcio, entendido legalmente como el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de seguir su superación" ¹⁷.

El divorcio es una institución jurídica del derecho de familia, que pone fin al vínculo matrimonial, y este puede presentarse por mutuo consentimiento de los cónyuges o por cualquiera de los cónyuges cuando existe una causa determinada por la ley. El divorcio habilita para contraer nuevas nupcias, pero en caso de las mujeres deben esperar un tiempo prudente para poder contraer nuevas nupcias.

4.1.4. Patria Potestad.

"Patria Potestad, es el conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su caso, a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados" 18.

La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres sobre los hijos no emancipados, es decir, sobre aquellos que viven bajo la protección y tutela de sus padres.

¹⁷ BAQUEIRO ROJAS, Edgard; y, BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. "Derecho de familia y sucesiones". Harla S.A. México D.F. 1994. Pág. 147.

18 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. "Diccionario Jurídico Elemental". Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires – Argentina. 1993. Pág. 297.

Patria potestad: "un conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en igual período" 19

Esta definición considera a la patria potestad como un conjunto de derechos poderes y obligaciones que la ley confiere a los padres, para que éstos cuiden y gobiernen a sus hijos desde el momento de la concepción hasta que se emancipen o cumplan la mayoría de edad. También la facultad, para que administren los bienes de sus hijos en el período de la patria potestad, es decir cuando se los considera hijos de familia.

"La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia²⁰ Patria potestad es la relación entre padres e hijos, generadora de recíprocos deberes y obligaciones, concebidos siempre en función del amparo de los

"La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución"²¹

hijos.

 ¹⁹ OSSORIO, Manuel. "Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales". Pág. 598
 20 CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito- Ecuador. 2015. Pág. 50
 21 CÓDIGO DE LA NINEZ Y LA ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2015. Pág. 25.

Estos dos conceptos, mencionan una limitación a los menores no emancipados, por un lado se refieren a los derechos y obligaciones de los padres por otro establece una limitante, todos sabemos que la patria potestad persigue un fin social, cual es el de proteger a los menores, pero al mencionar menor no emancipado se convierte de carácter transitorio; no es una potestad absoluta.

"Nos hallamos pues ante una de las "potestades", que son figuras jurídicas típicas del derecho familiar, muy diferentes desde luego de las potestades o poderes, propios del Derecho Público. La potestad es un conjunto de derechos y obligaciones íntimamente vinculados, correlativos, que persiguen todos ellos un fin de carácter social dentro de la organización de la familia"²².

La patria potestad, no es otra cosa que la relación entre padres e hijos, con recíprocos deberes y derechos y cuya finalidad esencial es el amparo de los hijos no emancipados.

En caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por uno solo de los padres, a aquél que lo hubiere reconocido; en caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren, y en caso contrario a aquél que tenga la guarda otorgada en forma convencional, o judicial, o reconocida en forma sumaria; respecto de los hijos no voluntariamente reconocidos, a quien fuese declarado judicialmente padre o madre.

_

²² LARREA HOLGUIN, Juan. "Manual de Derecho Civil del Ecuador". Pág. 356.

4.1.5. Tenencia.

"Tenencia significa la mera posición de una cosa; su ocupación corporal y actual"23.

La tenencia de los hijos la situación planteada entre los progenitores en relación con su descendencia, y específicamente en relación con sus hijos menores de edad. Suele tener lugar ante situaciones de divorcio, separación de hecho, no casados en posición de habitar en distintas moradas o ante la nulidad del matrimonio. Lo que se debe resolver es a quien corresponde entregar los hijos menores de edad en estas situaciones. Ello conlleva la necesidad de acordar un régimen de visitas a favor del progenitor que no detenta la tenencia. Suele utilizarse el criterio de que no existiendo causas graves, los hijos menores de cinco años permanecen a cargo de su madre y pasada dicha edad, a cargo del cónyuge que resultare inocente.

"Tenencia es la ocupación y posesión actual y corporal de alguna cosa. Desde el punto de vista del derecho real, el mero tenedor es quien tiene derecho al uso y goce de la cosa pero reconociendo el derecho de propiedad o posesión ajena del bien, de modo que puede ocuparlo pero siempre respetando los derechos reales de quien le ha conferido la tenencia, como por ejemplo el locatario o el comodatario"24.

La simple tenencia de las cosas por voluntad del poseedor o del simple tenedor, sólo se adquiere por la tradición, bastando la entrega de la cosa sin

²³ CABANELLAS, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 379.

²⁴ ROMBOLA, Néstor Darío y REIBOIRAS, Lucio Martín.- Diccionario RUY DIAZ de Ciencias Jurídicas y Sociales. Editorial Ruy Díaz. Impreso por Printer Colombiana. S.A. Bogotá - Colombia 2005. Pág. - 897.

necesidad de formalidad alguna. Cuando alguno por sí o por otro se hallase en la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre alguna cosa, pero sólo con la intención de poseer en nombre de otro, será también simple tenedor de la cosa.

"Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del Art. 106 del mismo Código"²⁵.

La tenencia de un hijo menor de edad acarrea gran responsabilidad, por lo padres deben de cumplir con todos los derechos concernientes con el cuidado físico, de la crianza y educación y demás concernientes a su desarrollo físico, psicológico y social; así mismo tiene además la obligación de impartir la buenas costumbres; y brindar un excelente ejemplo al menor para su desenvolvimiento en la sociedad.

"Cuando la familia se desintegra, muchas veces por la muerte de los progenitores y en no pocas, por la conducta caprichosa del padre y de la madre. Se disuelven los matrimonios por divorcio, se deshacen las uniones de hecho simplemente por el unilateral querer de los convivientes. Nunca los hijos participan en esas mal dadas decisiones"26.

Se encuentra muy por encima el instinto y sentimientos, más que la obligación de cuidarlos y cubrir sus necesidades más elementales, la

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Ley Cit. Art. 118.
 ORBE, Héctor F. Derecho de Menores. Quito – Ecuador. 1995. Pág. 237.

responsabilidad natural que se desarrolla al momento de convertirse en padres de familia es el impulso que motiva en muchos de los casos a dar la mejor protección a todos sus hijos; aunque es lamentable encontrarnos con muchos menores que por desgracia no se encuentren considerados por sus propios padres como pequeños seres humanos necesitados de su protección, entre otros cuidados muy necesarios para su crecimiento, y que sólo el entorno familiar sano produce las condiciones apropiadas en el desarrollo del menor, además pierden la perspectiva de sus responsabilidades; sin descartar los casos que originan la necesidad de hacer aplicables las disposiciones de los diferentes organismos de administración de justicia y medios legales para asegurar y garantizar a través de estos mecanismos la protección de sus derechos y bienestar de todos los menores en general.

La tenencia de los menores dentro de los medios que provee la administración de justicia para resolver esta situación, determina a las personas que pueden solicitar la tenencia del menor, como lo es de preferencia; a la madre o padre, luego los ascendientes, entre otras personas según sea el caso; el Código Civil establece la obligación de parte del Juez con conocimiento de la causa de dejar arreglado todo lo concerniente al bienestar menor una vez que se ha emitido la sentencia de divorcio.

"La sentencia no se podrá inscribir, ni surtirá efectos legales, mientras no se arregle satisfactoriamente lo relacionado con la educación, alimentación y

cuidado de los hijos, en el caso de que estos particulares se hubieran decidido en la audiencia de conciliación"²⁷.

La necesidad de iniciar una acción civil a través de una demanda dirigida al Juez correspondiente, para que se le otorgue la tenencia del hijo menor de edad al otro cónyuge, es un proceso judicial que cuenta con dos instancias, en muchos de los casos se trata tomar la responsabilidad, ya que el actual cónyuge a descuidado notablemente al menor en todo los cuidados que él requiere y que son indispensables para el desenvolvimiento de su actividad diaria y desarrollo físico y biológico.

4.1.6. Régimen de Visitas.

"El derecho de visita que corresponde al progenitor que no disfruta de la tenencia de sus hijos menores se funda en elementales principios de orden natural, por lo que su regulación debe efectuarse procurando el mayor acercamiento posible entre ambos"²⁸.

El derecho de visitas del padre, que no ejerce la tenencia o de la fijación de un régimen de visitas en su favor, a efecto de que no se pierda la relación que debe existir entre padres e hijos, y se pueda mantener la afectividad entre los mismos, ya que la figura del padre y de la madre es importante en el crecimiento y concepción de la vida misma para los progenitores.

CÓDIGO CIVIL. ECUATORIANO.- Corporación de Estudios y publicaciones. Quito –Ecuador. 2012. Pág. 15.
 Menores, Martha N. Stilerman, Editorial Universidad S.R.I, Tomo1, Buenos Aires, Argentina, Año 1991, Pág. 145.

"El derecho de visitas es el derecho que tienen los padres o los familiares para ser visitados por sus hijos o consanguíneos menores de edad, con la frecuencia y libertad que el Juzgado de la Niñez y Adolescencia, o el Juez de lo Civil respectivo estimare conveniente, en los que se fijan los días y la hora en que dichos menores deban visitarlos, y ser devueltos a la persona que goza de la Tenencia del Menor de acuerdo a lo establecido en la respectiva resolución"²⁹.

Este derecho de visitas le da al padre que no ejerce la tenencia ciertas facilidades para que pueda vigilar la educación, el crecimiento, la salud mental y física, la afectividad, el respeto y el amor para con los dos padres, y para que se vigile la personalidad que va adquiriendo el menor en cada una de las etapas de crecimiento, considerando a todo este contenido como derecho a visitas a los hijos.

"El Régimen de Visitas debe establecerse con mira a lograr una junta media entre el padre que obtuvo la custodia y el otro, quien generalmente se ve sujetado al arbitrio y exigencia del primero"³⁰.

El régimen de visitas constituye la regulación en forma legal y justa, de la circunstancia de modo, tiempo y lugar en que el padre que no obtuvo la custodia podrá seguir ejerciendo su autoridad paternal.

147
PARRA CAICEDO, María Cristina. Pontificación Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, D.E. 1987, Pág. 170.

-

²⁹ AGUIRRE A. Rubén. La Tenencia de Menores en el Ecuador, Editorial Cárdenas, Quito Ecuador, 1 Edición, Pág. 147

"La desvinculación entre los padres de menores de edad, sea por ser casados, divorciados, o separados de hecho, o sea por no haber matrimonio entre ellos, da lugar a un problema conexo con el otorgamiento de la Tenencia o Guarda de los menores a uno de los progenitores; el de la regulación de la comunicación entre aquel quien no ejerce la Tenencia y el menor es adjudicado a un tercero, tradicionalmente se habla en esos casos del derecho de Visitas del padre que ejerce la Tenencia, o de la fijación de un Régimen de Visitas a su favor"³¹.

En resumen se diría que el régimen de visitas es el derecho concedido por la Ley en favor de uno de los padres, pariente más cercano e inclusive a un tercero, que le ha sido privado de la tenencia del menor, para visitar o ser visitado por éste en la forma y la frecuencia que el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia lo fije al expedir el fallo de la tenencia.

4.1.7. Interés Superior del menor de edad.

"El principio del interés superior del niño o niña, entendido como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible" 32.

De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos, es una

Enciclopedia Jurídica OMEBA. Editorial Bibliográfica Argentina. S.R.I. Tomo XXVV. Buenos Aires. Año 1968.

³² GARCÍA, Méndez, Emilio-BELOFF, Mar (compiladores), infancia, ley y democracia en América Latina. Editorial Temis- Depalma, Santafe de Bogotá- Buenos aires, 1999. segunda edición, 1999. Pág. 230

garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres.

"La noción de interés superior es una garantía de que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen"33.

Este autor considera que esta noción supera dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro.

"Ante estas circunstancias y falta de ley, posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños, niñas y adolescentes y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres, y que por los mismos deben incluirse sus derechos dentro del marco de la ley, es así que el principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso y considerar que el interés del niño debía ser pública y jurídicamente protegido"34.

³⁴ Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas. Pág. 20.

³³ MONROY Cabra, Marco Gerardo. Derecho de familia y de menores. Editorial Librería Jurídica Wilches. Cuarta Edición. Bogotá, 1996. Pág. 127

La ley establece que el interés superior del niño tiene como fundamental función iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta y de esta manera se garantice los derechos de los niños.

El interés superior es una norma de interpretación y de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática y social de los pueblos en el ámbito de su desarrollo integral de sus habitantes.

"El denominado principio de interés superior del niño, que no es otra cosa que la atención preferente que el Estado, la Sociedad y la Familia deben brindar a todos los aspectos que garanticen el desarrollo integral y el disfrute pleno de derechos de los niños, niñas y adolescentes dentro de un marco de libertad, dignidad y equidad"³⁵.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de conflictos de normas legales están por encima de las demás leyes, y prevales su interés que pasa a ser superior o más que los derechos de las otras partes en litigio. El interés superior desde la perspectiva de la doctrina de la protección integral, elimina los prejuicios tradicionalmente alimentados por el régimen precedente e incurre en una jerarquización abstracta entre derechos.

-

RODRÍGUEZ Moreno, Rafael. Tratado sobre los derechos de la familia y la defensa del menor. Ediculco Ltda. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 96

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. La Padrectomia por la Obstrucción del vínculo y la disminución de la Función Parental.

"Debe entenderse por padre a aquella figura masculina que en su constante intercambio con el niño (en un espacio y tiempo determinado) elige construir junto a su hijo lazos afectivos duraderos en ambas direcciones (padre-hijo, hijo-padre) y es escogido y reconocido por el menor como la figura parental significativa en base al apego emocional desarrollado y no necesariamente por ser el progenitor"³⁶.

Atendiendo a la anterior definición resulta comprensible que ser el progenitor de un niño no garantiza el establecimiento de un vínculo de apego significativo entre ambos. "Tales relaciones se encuentran determinadas por lo vivencial afectivo que en el transcurso de su devenir ocurren"37.

Sin embargo al momento de la separación de los cónyuges surgen secuelas emocionales que afectan a los progenitores y en especial a los hijos.

"La padrectomía consiste el alejamiento forzado del padre, cese y extirpación del rol paterno y la pérdida parcial o total de sus derechos ante los hijos. El cual se expresa a nivel sociocultural, legal, familiar y maternal"38.

³⁸ ZICAVO MARTÍNEZ, Nelson Sergio. Master en Psicología Clínica. Docente Universidad del Bio-Bio. Chillán-Región Blobio-Chile. 1999. Pág. 4.

³⁶ ZICAVO MARTÍNEZ, Nelson Sergio. Master en Psicología Clínica. Docente Universidad del Bio-Bio. Chillán-Región Blobio-Chile. 1999. Pág. 2.

37 SILVEIRA, P. Exercicio da Paternidada; Artículo sin publicación; Brasil; 1996. Pág. 165

La Padrectomía pues, "es originada en última instancia por la privación del rol paternal a través de la desestructuración y anulación de la función consolidada por la ausencia de compromiso y responsabilidad, así como por medio de la abolición o eliminación del lugar ocupado antes por el padre"³⁹.

En lo concerniente a la padrectomía la experiencia clínica, recoge los efectos desbastadores que para el padre tiene el divorcio por estar asociado a él la pérdida de los hijos; la ruptura del vínculo relacional, la interrupción de una paternidad construida desde el compromiso y la pérdida de espacios generadores de experiencias gratificantes con los hijos. De esto han sido testigos psicólogos y especialistas afines, lo que ha provocado que, aunque relativamente reciente, pero con fuerza cada vez mayor, grupos de estudiosos aborden este fenómeno tratando de esclarecer sus causas, condicionantes, manifestaciones y vías para su profilaxis y tratamiento.

En aproximación a la padrectomía en forma paralela encontramos al Síndrome de Alienación Parental donde es posible observar una serie de acciones de parte del progenitor con tenencia, custodia del hijo, tendientes a separar físicamente y por espacios temporales prolongados a este del otro progenitor.

"Estas acciones de alejamiento, que pueden tener justificación "objetiva" o una manifestación del síndrome de alienación parental, generan en los

³⁹ ZICAVO MARTÍNEZ, Nelson Sergio. LA ALIENACIÓN PARENTAL Y EL PROCESO DE LA PADRECTOMÍA. REVISTA CUBANA DE PSICOLOGÍA. 2008. Pág. 59

progenitores que no tienen la tenencia custodia una disfunción en la función parental respecto de sus hijos"⁴⁰.

Si bien esta disfunción puede ser aliviada o atenuada por tratamientos psicológicos, los efectos psicológicos bien pueden ser permanentes, manifestándose una serie de problemas en los hijos a futuro.

Tanto la Obstrucción del Vinculo y Disminución de la Función Parental son dos figuras autónomas pero que se complementan para generar un mayor perjuicio en las relaciones paterno-filiales y tienen una connotación "invisible" frente a la ley.

La Obstrucción del Vínculo paterno-filial se puede manifestar en situaciones subliminales o explícitas, respecto del comportamiento del progenitor con derecho a la tenencia o custodia con o sin la participación de terceras personas, parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

La psicología ha definido estas conductas dentro de la "**Padrectomía**" que implica "el alejamiento forzado del padre, cese o extirpación del rol paterno y declinación parcial o total de los derechos parentales ante los hijos, lo cual conduce a una situación de pérdida con fuerte impacto negativo para la estabilidad emocional tanto del progenitor como del hijo"⁴¹.

⁴⁰ BOLAÑOS, Ignacio. cataloga este proceso psicológico dentro de los problemas de invalidación. Barcelona: 2000. Pág. 81

Pág. 81

41 ZICAVO MARTÍNEZ, Nelson Sergio "El rol de la paternidad y la Padrectomía post-divorcio". En http://www.geocities.com/papahijo2000/tesis.html y www.apadeschi.org.ar

Estas conductas bien pueden estar determinadas en una relación de mayor a menor en: alejamiento de la ciudad (en extremos al extranjero), variación de domicilio sin la correspondiente comunicación de dónde se encuentra el hijo, variación injustificada de los días de visitas familiares, etc. Estas conductas se incrementan si intervienen terceras personas en la relación entre progenitores e hijos, como pueden ser las nuevas parejas o los abuelos del hijo, padres del progenitor "débil", quienes inciden en las conductas de sus hijos para alejar al otro progenitor de todo vínculo paternofilial, con el hijo.

Bajo estos contextos, se anteponen intereses personales, frente al desarrollo psicológico, social y afectivo del hijo respecto del padre que cuenta con régimen de visitas. "Así por ejemplo podría considerarse que si un progenitor adúltero e infiel en su relación conyugal podría ser un buen progenitor y debido a la denuncia o demandada, la otra parte inicie una serie de acciones legales con el objeto de limitar sus derechos. La línea de diferenciación entre estas conductas (objetivamente equivocadas y perjudiciales para la relación de los progenitores) entre progenitores e hijos, radica en los niveles de atención de las necesidades de los segundos. Si esa atención se perjudica debido a la priorización de intereses personales (como la atención a la nueva pareja por ejemplo) deberían generar en el juzgador la motivación de una resolución favorable hacia el otro progenitor" 42.

⁴² ZICAVO MARTÍNEZ, Nelson Sergio "El rol de la paternidad y la Padrectomía post-divorcio". En http://www.geocities.com/papahijo2000/tesis.html y www.apadeschi.org.ar

En los casos más extremos, inevitablemente en aquellas en las cuales la lejanía geográfica del hijo respecto de un progenitor, significará en este la disminución de la función parental y por consiguiente la pérdida de esta función.

En sociedades latinoamericanas, donde el contacto y relación física es una constante en las relaciones paterno-filiales, la privación del contacto generará una mayor incidencia en la pérdida de la función paternal, y provocará una reacción psicológica en el hijo. Pero, quienes más sufren la disminución y pérdida de la función parental, son los abuelos, por cuanto se ven limitados en el contacto físico por circunstancias temporales, geográficas y familiares.

Para ampliar más nuestro concepto, debemos definir la *Función Parental*, como "la posibilidad real, efectiva y con cierta permanencia en el tiempo, de mantener un contacto físico con los hijos, de modo de participar activamente en el proceso de desarrollo, crecimiento y maduración de los mismos"⁴³

El mejor mecanismo para evitar este tipo de disfunciones en las relaciones paterno-filiales, sería que los progenitores tengan niveles de relación emocionalmente y legalmente correctas, anteponiendo los derechos y bienestar de sus hijos, frente a sus intereses. Como meta máxima de esta premisa sería la obtención, tanto a través de ley como de efectividad social, de la figura de la *tenencia compartida*, en la cual ambos padres se

¹³ ZICAVO MARTÍNEZ, Nelson Sergio "El rol de la paternidad y la Padrectomía post-divorcio". En http://www.geocities.com/papahijo2000/tesis.html y www.apadeschi.org.ar

involucren temporalmente, afectivamente y emocionalmente en la crianza de los hijos, pudiendo configurarse casos de familias extendidas, en las cuales surgen figuras paralelas a los progenitores, que no origina situaciones de conflictividad con respecto del otro progenitor.

4.2.2. El Síndrome de Alienación Parental por la separación de los Progenitores.

"El Síndrome de Alienación Parental es un desorden que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de la propia contribución del hijo a la denigración del padre rechazado"⁴⁴.

Si bien es cierto que para realizar una campaña de desacreditación respecto al progenitor alienado, el alienador debe ser consciente de los actos que realiza, también es cierto que a menudo, este no es plenamente consciente de que está produciendo un daño psicológico y emocional en sus hijos, y de las consecuencias que ello va a tener a corto y largo plazo en el o la menor.

El Síndrome de Alienación Parental es: "un síndrome familiar en el que cada uno de sus participantes tiene una responsabilidad relacional en su construcción y por tanto en su transformación; teniendo en cuenta que el

.

⁴⁴ GARDNER Richard: Recent trends en divorce and custody litigation. Academy Forum. 1985:29 Pág. 3.

elemento principal es el rechazo más o menos intenso de los hijos hacia uno de los cónyuges, propone modificar la nomenclatura clásica de Gardner por la de Progenitor Aceptado y Progenitor Rechazado"⁴⁵.

Luego de la separación de los progenitores, surgen nuevas formas de relación entre los progenitores entre sí y con respecto de sus hijos. Habitualmente el hijo se encuentra en una posición intermedia y sin acceso a métodos de proponer mecanismos de solución, en caso la separación de los progenitores hubiera sido en términos conflictivos.

Quien tiene la custodia o tenencia en mayor proporción de tiempo frente al régimen de visitas, por lo general suele autocalificarse como la parte víctima pasiva en la fragmentación de la relación de pareja y traslada una carga emocional negativa a su hijo como progenitor débil. Los patrones se acentúan respecto de las condiciones paternales de un progenitor frente al otro, incrementándose los niveles de dependencia del hijo y de idealización de un progenitor.

"Esta conducta psicológica (desorden) fue estudiada por primera vez por Richard Garder en 1985, y describe una serie de procesos de alienación (ligera, moderada y severa), respecto de la conducta del hijo frente al progenitor con quien, temporalmente, tiene una menor vinculación. Conducta

⁴⁵ BOLAÑOS, Ignacio. Hijos Alienados y Padres Alienados. Asesoramiento e Intervención en las Rupturas Conflictivas. I Congreso de Psicología Jurídica en Red (2004). Pág. 52

que es provocada por el otro progenitor que actúa como agente provocador o "alienante" 46.

El comportamiento negativo del hijo hacia el padre visitante es consecuencia del alejamiento y poca relación familiar entre padre e hijo, o a su vez por instigación de su madre poniéndolo al menor en contra de su progenitor.

Los procesos de alienación como conducta perjudicial, bien pueden considerarse dentro de los alcances de los incisos "b.-ex cónyuges; c.-convivientes; d.- ex convivientes; h.- quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; y j.- quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia"⁴⁷.

En esta legislación el Fiscal de Familia está facultado a adoptar medidas de protección inmediatas a solicitud de la víctima, los cuales incluyen el retiro del agresor del domicilio, impedimento de acceso a la víctima, suspensión temporal de visitas, entre otras medidas. Esto quiere decir que puede trasladarse la tenencia y custodia del menor a favor del otro progenitor, sin que medie una resolución judicial.

La posición es correcta, pero en aras de una legitimidad mayor de la medida, será el Fiscal de Familia, quien solicite la variación de la tenencia y custodia

⁴⁷ Ley Nº 27982 (publicada el 29/05/2004) de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar. Art. 2.

34

⁴⁶ BOLAÑOS, Ignacio. "Estudio descriptivo del Síndrome de Alienación Parental en procesos de separacion y divorcio. Diseño y aplicación de un programa piloto de mediación familiar". Barcelona: Universitat Autónoma de Barcelona, 2000. Pág. 96.

a favor del otro progenitor, debiendo acreditar la conducta de este progenitor respecto de la violencia psicológica que ha generado en su hijo.

"Lamentablemente por otro lado, este artículo cae en un criterio cerrado de interpretación, porque al considerar "víctima" parecería que está haciendo referencia exclusiva a la madre, toda vez que la "solicitud" que la norma indica, sólo puede ser tramitada o formulada verbalmente" 48.

La victima del síndrome de alienación parental resulta el hijo, porque él es quien resulta afectado emocionalmente por sus progenitores que limitan su apego con el otro, o a su vez le aconsejan con malos comentarios sobre el otro progenitor; la separación de los padres de no tenerlos juntos influye en el proceso de desarrollo emocional del hijo.

4.2.3. La Tutela Vincular en el Régimen de Visitas.

"La tutela vincular es una herramienta con bases en la psicología y el derecho familiar, materializable en una acción procesal que protege no sólo los derechos de los hijos en una relación separada o divorciada sino también la de los progenitores, porque habilita la construcción de nuevos modos de operar en el derecho de familia capaces de generar un espectro de observaciones diferentes por la amplitud y convergencia. En sí una herramienta procesal jurídica con elementos multidisciplinarios, que permiten

⁴⁸ LOPEZ FAURA, Norma. "Síndrome de Alienación Parental: Una Oportunidad de Encuentro entre el Derecho y La Psicología". En: X Encuentro anual de institutos de derecho de familia y menores. Colegio de Abogados de Pergamino. QUILMES, Argentina 27 de abril de 2007. Pág. 234.

aminorar el impacto negativo de una separación tanto en los hijos como en los progenitores" 49.

Al fortalecer en primer término la relación paterno-filial, se puede generar mejores niveles de relación entre los progenitores, lo cual podría ser plasmado en un acuerdo entre ellos y ratificado por resolución judicial. Las mismas partes podrían crear instrumentos eficaces de protección de la integridad de los hijos y en la medida que no lo puedan hacer, las terapias de apoyo psicológico y familiar podrán ayudar a que la resolución judicial no genere nuevas víctimas de la ruptura o divorcio de la pareja.

En suma se podría generar una situación de flexibilidad de la resolución judicial en términos afectivos, pero es necesario que los padres antes de la determinación de la sentencia, pasen por una evaluación y asesoría psicológica, para así evitar el incremento negativo de los efectos de la ruptura o separación, pero antes que todo esto que puede ser reflexivo y académico, se requiere de la voluntad de las partes, anteponiendo sus intereses ante el bienestar del hijo.

"Con base en fundamentos éticos, jurídicos y sociales, el derecho está llamado a cumplir una función pedagógica y desarrollar una tarea de promoción moral y cultural. Ello se espera, especialmente, si se trata de la tutela de derechos humanos infantiles básicos como lo son el derecho a vivir

⁴⁹ LOPEZ FAURA, Norma "Psicología y Derecho: Una Articulación Pendiente en los Procesos de Familia". Trabajo expuesto en la Jornada de Reflexión y Análisis de la Ley 26.061 promovida por la "Comisión de los Derechos del Niño y la Familia" de F.A.C.A., en San Miguel de Tucumán el 17/11/06. Pág. 64.

en familia, el derecho a ser criado por los padres y a mantener contacto con ambos"⁵⁰.

Es común que resuelto legalmente un aspecto del litigio familiar, este se repita o recicle indefinidamente ya que el quehacer jurídico no solo deja al margen lo que no puede metabolizar sino que anticipa y precipita el final de su intervención, dando por terminada una labor que saltea por debajo de lo manifiesto comportamientos cotidianos que se juegan en otra escena que está lejos de los juzgados de familia.

El vínculo parental post-divorcio o separación, impuesto desde la justicia no se arquitectura en virtud del mandato legal. El derecho aporta un discurso de legalidad desde la lógica racional, pero la efectividad de la relación paterno-filial depende de otros factores que incluyendo lo objetivo (la lógica emocional de los involucrados), no se pueden solventar -en la mayoría de los casos- sin un acompañamiento de la justicia.

"En este contexto la "Tutela Vincular" alude a un instituto que protege y acompaña una determinada relación, en este caso la paterno-filial, que puede ser tanto inexistente como inadecuada por haber sufrido la conflictiva de vínculos habidos entre los progenitores. Por el motivo que sea la relación padre-hijo/a se ha deteriorado. El derecho deberá procurar recomponer una relación basada en un vínculo que hay que construir, afianzar, amparar, fortalecer, guiar, u orientar con la ayuda de un acompañamiento judicial. La conformación y el fortalecimiento de la relación sería el corolario de una

0

⁵⁰ LOPEZ FAURA, Norma "Psicología y Derecho: Una Articulación Pendiente en los Procesos de Familia". Ob. Cit. Pág. 69

sentencia sobre tenencia y visitas que se transforma en instrumento eficaz y operativo. La "Tutela Vincular" pasaría a vehiculizar en los hechos un mandato legal, comprometiendo a la justicia en la tutela real y efectiva de los derechos humanos de los niños"⁵¹.

Se trata de una herramienta procesal que posibilitaría la realización del precepto que sostiene que todo niño tiene derecho a ser cuidado por sus padres y mantener un contacto fluido con ambos, a modo de garantía constitucional con un fuerte fundamento en el Derecho Natural.

El régimen de contacto parental post-divorcio suele ser débil, intermitente o inexistente. Esto se traduce en una desprotección de los hijos que quedan entrampados en una situación en extremo maltratante. La justicia debe garantizar a los hijos que sus derechos familiares no serán vulnerados ante una separación de sus padres, mediante un instrumento técnico jurídico que, ante una clara situación de síndrome de alienación parental, le provea un espacio de encuentro asistido con su padre a fin de restaurar y darle un significado diferente a un vínculo caracterizado por el descrédito, la crítica constante, el desencuentro, la ausencia, el desamor, la venganza y el dolor.

La propuesta de un régimen de "Tutela Vincular", debería preceder a la sentencia que define un régimen de responsabilidades parentales, con la intervención de un equipo interdisciplinario que diagnostique, evalue, oriente y supervise a las partes involucradas, en especial padre e hijo, con la participación del Defensor de Menores y, desde luego, el contralor del Juez.

-

⁵¹ LOPEZ FAURA, Norma "Psicología y Derecho: Una Articulación Pendiente en los Procesos de Familia". Ob. Cit. Pág. 74

4.2.4. El Principio del Interés Superior del Niño en el Régimen de Visitas.

El principio del interés superior del niño ha sido recogido tanto por los textos internacionales como por las disposiciones europeas, nacionales y autonómicas más relevantes en la protección y promoción de las personas menores de edad. La constante apelación de las leyes a tal interés tiene una justificación objetiva tanto en la particular situación de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes, como en la imposibilidad que tienen de dirigir plenamente sus vidas con la suficiente madurez y responsabilidad, así como en la necesidad de que las circunstancias que les rodean les sean especialmente favorables en esta etapa vital de su desarrollo como ser humano.

El principio del interés superior del niño pone acertadamente el acento en su realidad como sujeto digno de atención, promoción, provisión y protección. Este criterio ha de aplicarse en todas aquellas situaciones o conflictos donde se hallen involucrados menores de edad. Pero esta cláusula general, lejos de configurarse como un concepto pacífico, es objeto de múltiples y diversas controversias que tienen una influencia negativa en su eficacia práctica.

Es fundamental proceder a una reconstrucción ideológica del principio del interés superior del niño partiendo del menor como persona, como sujeto de derechos, como la mayor riqueza de nuestra sociedad; no únicamente como un diamante en bruto que en un futuro será pulido y tendrá una increíble cotización, sino como un valor de presente, como una realidad a tener en

cuenta aquí y ahora, sin olvidar, en ningún momento, la dignidad de cada persona por el mero y simple hecho de serlo.

En el orden doctrinal, diversas son las opiniones acerca de qué es o cómo se entiende el interés del menor, como variadas son también las perspectivas psicosociales y jurídicas desde las que ha sido contemplado.

"Tras un análisis exhaustivo de la legislación estatal y autonómica en materia de protección de menores, llega a la conclusión de que dicha normativa gira entorno de este concepto jurídico indeterminado; que representa una evidente garantía de sus derechos fundamentales. El elemento central de cualquier discusión o teorización sobre el tema debe partir de su proyección hacia el futuro, de manera que pueda considerarse como una fórmula destinada a facilitar la formación del menor y diseñar las líneas estratégicas del desarrollo de su personalidad. Partiendo de la base de que la personalidad jurídica trae causa del concepto de persona, afirma que el interés superior del menor es una proyección, en las personas menores de edad, de un tema más complejo como es el de la personalidad" 52.

De acuerdo con este primer punto de vista, el interés del menor es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del menor, con miras a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad.

-

⁵² ROCA, E. (1994). El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado, discurso de contestación a la académica de número Dra. Alegría Borrás, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y *Legislación de Cataluña*, Revista Jurídica de Cataluña, nº. 4.

Bajo un prisma más internacionalista, "partir del interés superior del menor conlleva englobar dentro de esta categoría general todas aquellas instituciones que, tras cualquier forma o apariencia, pretendan dar respuesta a su efectiva protección, con total independencia de cuál sea la situación personal o familiar que se presente"⁵³.

El régimen de visitas es la institución creada para que aquellos padres que no ejercen la patria potestad, tengan derecho a visitar a sus hijos. En este sentido, "el régimen de visitas es aquella figura jurídica que permite la continuidad de las relaciones personales entre el padre o madre que no ejerza la patria potestad y sus hijos"⁵⁴. De la misma forma, con relación a este régimen, también denominado "derecho de visitas", es el derecho a conservar las relaciones personales con el menor con quien no se convive.

Las visitas.- Los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el Régimen de Visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre. El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias,

⁵³ BORRÁS, Alegría. (1994). El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. Revista Jurídica de Cataluña, nº. 4.

⁵⁴ PLÁCIDO V., Alex F. Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia. Lima: Gaceta Jurídica, 2003. Pág. 513.

en resguardo de su bienestar. Sí se puede dictar de oficio un régimen de visitas, si está acreditado que cumple con la obligación alimentaria y si el interés superior del niño así lo justifica"⁵⁵

Sin perjuicio de ello, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el elemento central en la institución jurídica del régimen de visitas y que lo que debe trascender en todo tipo de decisión que involucre a los hijos, es el llamado interés superior del niño y del adolescente.

"Por consenso quedó establecido que los criterios que distinguen la patria potestad de la tenencia parten por reconocer que la patria potestad es un derecho irrenunciable, indisponible y exclusivo de los padres por imperio de la ley, y que la tenencia es un atributo de ella que atañe al cuidado inmediato del hijo. Por tanto la tenencia puede ser variada por decisión judicial, distinguiéndose la persona del hijo de su patrimonio, si se justifica ello, y atribuyendo la tenencia a uno de los padres o a terceros, si el caso lo amerita. Por otro lado, se aprobó por mayoría (...) que sí se puede variar de oficio la tenencia, inclusive en los casos de separación convencional. Para ello debe estarse a lo que indique el informe multidisciplinario" 56.

Así, en base al denominado interés superior del niño, cuando toda institución pública o privada, autoridad, tribunal o cualquier otra entidad deba tomar decisiones respecto de los niños, deben considerar preferentemente aquellas que les ofrezcan a éstos el máximo bienestar. Esto último, guarda

PLÁCIDO V., Alex F. Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia. Ob. Cit. Pág. 517.
 PLÁCIDO V., Alex F. Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia. Ob. Cit. Pág. 517.

estrecha relación con el carácter progresivo de los derechos humanos, desde que se les reconoce el carácter evolutivo de éstos, ampliando sus criterios de interpretación o de aplicación hacia formas que permitan cada vez más una plena vigencia, o una vigencia cada vez más efectiva de los derechos humanos.

En ese sentido, el juzgador ha considerado que la resolución de vista ha dispuesto, de manera "injusta e inhumana", que la madre solo pueda visitar a su hija un día domingo por mes. Cuando refiere que este tipo de régimen de Visitas establecido "quebranta el vínculo materno-filial entre la recurrente y la hija" pues se le afecta de forma grave e irreparable en su formación psico-emocional. Por ello, el juez no solo debe atender al hecho de que la adolescente haya aceptado el régimen de visitas inicialmente establecido de una vez al mes, pues no olvidemos que de lo que se trata es de resguardar siempre el interés superior del niño y adolescente.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador.

Según el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador: "El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al *principio de su interés superior* y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas"⁵⁷.

El interés superior del menor radica en la prevalencia de sus derechos sobre las demás personas, cuando existan normas que contradigan derechos deben prevalecer los de los niños y adolescentes.

El Art. 45 de la Ley Suprema sostiene; "Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y

⁵⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 44.

nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar"⁵⁸.

Esta disposición legal claramente señala que los niños y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal; entre ellas la integridad física que puede resultar lesionado por medio de golpes que le ocasiones lesiones con incapacidad o enfermedad. La integridad psicológica, que se relaciona al estado emocional del menor, así como de su integridad psíquica que tiene que ver con su salud mental.

El Art. 67 primer inciso de la Constitución de la República señala "Se reconoce a la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basaran en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes"⁵⁹.

La igualdad de derechos de los miembros de la familia, debe ser cumplido y observado dentro de un hogar, los que busca la unión familiar es la ayuda recíproca y leal entre familiares y evitar confrontaciones que hacen mal a la armonía del hogar.

4.3.2. Declaración de los Derechos del Niño.

La Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 20 noviembre de 1959 aprueba la Declaración de los Derechos del Niño.

⁵⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 45. ⁵⁹ 19 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley. Cit. Pág.50.

Principio 2.- "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y norma, así como las condiciones de libertad y dignidad. Al promulgarse leyes con este este fin la consideración fundamental a que se atenderá será el *interés superior del niño*"60.

En lo concerniente a la declaración las Naciones Unidas considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, por lo que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle, en tal razón proclama la presente Declaración de los Derechos del Niño donde se adopta como principio el interés superior del menor.

4.3.3. Convención Sobre los Derechos del Niño.

Esta Convención fue aprobada en Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y entró en vigencia el 1990. Ecuador la ratifica en marzo de 1990 y fue publicada en el Registro Oficial No. 31 del 22 de septiembre de 1992.

En el Artículo 3.1 de la presente Convención encontramos: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o

-

⁶⁰ Declaración de los Derechos del Niño. La Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Aprueba el 20 noviembre de 1959. Principios de protección de los Derechos del Niño. Principio 2.

los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"⁶¹.

Este instrumento internacional que entre en vigencia en el año 1990 y que trata sobre el principio del interés superior del niño, los gobernantes del Ecuador recién en la Constitución de 1998 y posteriormente 2008, hacen efectivo este principio primordial para garantizar los derechos fundamentales del niño, niñas y adolescente. En la actualidad este principio tiene jerarquía constitucional y prevalece por encima de los demás derechos que se opongan al interés superior del niño.

4.3.4. Código de la Niñez y Adolescencia.

El Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia define; "Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. En caso de duda sobre la edad de una persona, este Código señala que se presumirá que es niño o niña antes que adolescente; y, que es adolescente antes que mayor de edad. Todo esto con el fin de protegerlo de responsabilidades jurídicas que se deriven de sus actos, contratos y hechos ilícitos"⁶².

El sector más vulnerable de la sociedad es la población infantil, indudablemente que la crisis económica ecuatoriana da lugar a problemas familiares, es así que aquellos niños de nuestro país que son sujeto de

⁶² CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2015.-Art. 4

47

⁶¹ Convención Sobre los Derechos de los Niños. Aprobada en Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y entró en vigencia el 1990. Ecuador la ratifica en marzo de 1990. Registro Oficial No. 31 del 22 de septiembre de 1992. Art. 3.1.

desprotección y abandono, sienten la necesidad de tomar una decisión prematura de trabajar para subsistir con sus padres.

El Principio del Interés Superior del Niño.- "El interés superior del niño es un principio que está orientando a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las Instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la decisión de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley.

Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla"63

El principio del interés superior del niño es una herramienta hermenéutica jurídica que permite interpretar los derechos desde el punto de vista intelectual garantizando la protección total de los derechos; a más de resolver conflictos puede llenar vacíos legales y estos, a su vez sirven para formular políticas públicas a favor de la infancia y adolescencia. Incentiva la

.

⁶³ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art.11.

protección y desarrollo infantil del niño al satisfacer sus garantías y libertades, porque permite asegurar la máxima satisfacción y conveniencia del niño.

El Principio de igualdad y no discriminación.- "Es la consideración de que todos los niños son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares"⁶⁴.

El principio de igualdad y no discriminación concierne y guarda relación con el principio universal de igualdad ante la ley en este caso en particular se refiere y estoy plenamente de acuerdo en que todos los niños no tienen que ser discriminados desde su nacimiento por razones de color, origen social, idioma etnia, sexo, situación económica, discapacidad, etc.

El Código de la Niñez y la Adolescencia establece: "La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos"⁶⁵.

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art.6
 CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art. 9

La ley consagra a la familia como el espacio natural y necesario para el desarrollo integral del niño; mediante la responsabilidad compartida del padre y la madre de brindar: respeto, protección y cuidado a los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.

El Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 67, define al maltrato "toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de cuidado"66.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral.

El Código de la Niñez y Adolescencia señala: "Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106"⁶⁷.

La designación familiar de los últimos años causada por la migración de los padres al extranjero ha ocasionado la destrucción de muchos hogares y por consiguiente la inestabilidad de los niños, niñas y adolescentes; pues, los padres o familiares cercanos se disputan la tenencia de estos; frente a este

 ⁶⁶ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art. 67.
 ⁶⁷ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art. 118

problema los Jueces no cuentan con las herramientas legales necesarias que les permitan una adecuada aplicación de la Justicia a favor de los niños, niñas y adolescentes.

El Art. 122 del Código de la Niñez y la Adolescencia establece: "En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija.

Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, sicológica o sexual, el Juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intra-familiar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión"⁶⁸.

Es decir, solamente cuando existe agresión por parte del visitante es prohibido judicialmente; lo que limita los derechos que tienen las niñas, niños y adolescentes, como lo es el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho a su desarrollo integral, entendiendo como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.

 $^{^{68}}$ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art. 122.

Art. 123.- "Forma de regular el régimen de visitas.- Para la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo.

Si no existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo la hija, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta:

- Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y,
- 2. Los informes técnicos que estimen necesarios"69.

Art. 124.- Extensión.- "El Juez extenderá el régimen de visitas a los ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de la línea colateral, en las condiciones contempladas en el presente título. También podrá hacerlo respecto de otras personas, parientes o no, ligadas afectivamente al niño, niña o adolescente.

Art. 125.- Retención indebida del hijo o la hija.- El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución.

⁶⁹ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art. 123.

Si el requerido no cumple con lo ordenado, el Juez decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar, sin necesidad de resolución previa, el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación"⁷⁰.

Esta norma debe ser reformada porque al comprobar el Juez el obstáculo creado por la madre para evitar que el padre visite a su hijo, este debe ser sancionado. El derecho de visita puede considerarse como el reverso de la custodia de los hijos que surgen de la separación matrimonial. Las relaciones que se ven alteradas por la falta de convivencia ordinaria requieren un tratamiento especial, no obstante, en la práctica aparecen serias dificultades entre las que se puedan señalar; la delimitación de la periodicidad más adecuada en la rotación de convivencia y régimen de visitas.

⁷⁰ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art. 124, 125.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.4.1. Código de los Niños y Adolescentes de la República del Perú

En esta legislación en lo relacionado al interés superior del niño y del régimen de visitas encontramos los siguientes artículos.

Artículo IX.- "Interés superior del niño y del adolescente.- En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos"⁷¹.

Esta norma legal debe ser cumplida por los poderes del Estado del Perú, y dependencias públicas locales, seccionales, regionales, como una obligación de efectivizar el interés superior del niño y adolescente; al igual que la legislación nacional el Estado, la Sociedad deben proteger los derechos fundamentales del menor de edad.

En el Capítulo III, denominado "Régimen de Visitas", tipifica el régimen de visitas:

Artículo 88o.- "Las visitas.- Los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la

⁷¹ CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Art. 9.

obligación alimentaria. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el Régimen de Visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre.

El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar.

Artículo 89o.- Régimen de Visitas.- El padre o la madre que haya sido impedido o limitado de ejercer el derecho de visitar a su hijo podrá interponer la demanda correspondiente acompañando la partida de nacimiento que acredite su entroncamiento. Si el caso lo requiere podrá solicitar un régimen provisional.

Artículo 90o.- Extensión del Régimen de Visitas.- El Régimen de Visitas decretado por el Juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el Interés Superior del Niño o del Adolescente así lo justifique.

Artículo 91o.- Incumplimiento del Régimen de Visitas.- El incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la Tenencia. La

solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el Juez que conoció del primer proceso"⁷².

Este Código incorpora el principio del interés superior del menor dentro del régimen de visitas que debe ser cumplido por las partes a favor de menor de edad, previo a precautelar sus derechos. En lo concerniente al impedimento esta legislación permite demandar al tenedor que se opone a la visita del hijo. En cambio que en la legislación ecuatoriana cuando existe obstáculos solo lo requieren por medio del juez para poder visitar al hijo y obligan a pagar daños y perjuicios por la retención indebida.

4.4.2. Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de la República Bolivariana de Venezuela.

En la presente ley respecto al principio del interés superior del niño y del régimen de visitas analizo los siguientes artículos.

Artículo 8°.- Interés Superior del Niño.

"El Interés Superior del Niño es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

.

⁷² CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Art. 9.

Parágrafo Primero: Para determinar el Interés Superior del niño en una situación concreta se debe apreciar:

- a) La opinión de los niños y adolescentes;
- b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños y adolescentes y sus deberes;
- c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño o adolescente;
- d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y los derechos y garantías del niño o adolescente;
- e) La condición específica de los niños y adolescentes como personas en desarrollo.

Parágrafo Segundo: En aplicación del Interés Superior del Niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros"⁷³.

Esta disposición legal garantiza el interés superior del menor y obliga que en caso de existir duda sobre el alcance de una norma se debe aplicara todo a favor del niño, es decir, debe aplicarse el indubio pro infante. A través del interés superior se garantizan todos sus derechos fundamentales como la educación, salud, a ser escuchados oportunamente, al trabajo, alimentación, régimen de visitas, entre otros derechos.

LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Art. 8.

En la presente ley en la Sección Cuarta, encontramos el régimen de visitas que dispone las siguientes normas legales:

Artículo 385.- Derecho de visitas.

"El padre o la madre que no ejerza la patria potestad, o que ejerciéndola no tenga la guarda del hijo, tiene derecho a visitarlo, y el niño o adolescente tiene derecho a ser visitado.

Artículo 386.- Contenido de las visitas.

"Las visitas pueden comprender no sólo el acceso a la residencia del niño o adolescente, sino también la posibilidad de conducirlo a un lugar distinto al de su residencia, si se autorizare especialmente para ello al interesado en la visita. Asimismo, pueden comprender cualquier otra forma de contacto entre el niño o adolescente y la persona a quien se le acuerda la visita, tales como: comunicaciones telefónicas, telegráficas, epistolares y computarizadas.

Artículo 387. - Fijación del régimen de visitas.

El régimen de visitas debe ser convenido de mutuo acuerdo entre los padres, oyendo al hijo. De no lograrse dicho acuerdo o si el mismo fuese incumplido reiteradamente afectándose los intereses del niño o adolescente, el juez, en atención a tales intereses, actuando sumariamente, previos los informes técnicos que considere convenientes y oída la opinión de quien ejerza la guarda del niño o adolescente, dispondrá el régimen de visitas que considere más adecuado. Dicho régimen puede ser revisado, a solicitud de

parte, cada vez que el bienestar y seguridad del niño o adolescente lo justifique, para lo cual se seguirá el procedimiento aquí previsto.

Artículo 388.- Extensión de las visitas a otras personas.

El régimen de visitas acordado por el juez puede extenderse a los parientes por consanguinidad o por afinidad del niño o adolescente, y aun a terceros, cuando el interés del niño o adolescente lo justifique.

Artículo 389.- Improcedencia del régimen de visitas.

Al padre o la madre a quien le haya sido impuesto por vía judicial el cumplimiento de la obligación alimentaria, por haberse negado a cumplirla injustificadamente, pese a contar con recursos económicos, no se le concederá un régimen de visitas, a menos que se declare judicialmente su rehabilitación y sea conveniente al interés del hijo.

La rehabilitación procede cuando el respectivo padre ha cumplido fielmente, durante un año, los deberes inherentes a la obligación alimentaria.

Artículo 390.- Retención del niño.

El padre o la madre que sustraiga o retenga indebidamente a un hijo cuya guarda haya sido otorgada al otro o a un tercero, debe ser conminado judicialmente a que lo restituya a la persona que ejerce la guarda, y responde por los daños y perjuicios que su conducta ocasione al hijo,

debiendo reintegrar todos los gastos que se haya hecho para obtener la restitución del niño o adolescente retenido"⁷⁴.

Esta legislación solo hace referencia la retención indebida del menor por parte del visitante, que debe devolver al menor y pagar una indemnización por los daños y perjuicios causados. Esta legislación permite por mutuo acuerdo que el niño puede comunicarse con su progenitor por cualquier medio informático, electrónico, telefónico o por medio de cartas.

LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Art. 385 al Art. 390.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1. Materiales Utilizados.

En lo relacionado al material utilizado me sirvieron como fuente consulta las obras científicas que constan en la bibliografía y pies de páginas de la presente tesis.

Para el avance del proceso de investigación, fue indispensable partir de la observación, ordenación, clasificación y utilización de una metodología crítica participativa, que permitió interrelacionar a las personas según sus diferentes criterios con el objeto de estudio mediante la utilización de diferentes métodos, técnicas e instrumentos.

Dentro de los métodos utilizados, fue indispensable la aplicación del Método Científico, ya que representa la metodología que define y diferencia el conocimiento la ciencia de otros tipos de conocimientos, siendo un método que excluye todo aquello que tiene la naturaleza subjetiva. Además se aplicó el método deductivo, los que tienen como característica ir de la general a lo particular, el método exegético para la interpretación de las diferentes leyes, el método estadístico, para la cuantificación de los datos. De esta manera y a través de los métodos empleados logre obtener, conocer, analizar y concluir en base a conocimientos jurídicos de varios profesionales del Derecho con relación al tema de investigación. Es importante señalar también que fue necesaria la aplicación de los métodos analítico y sintético,

además del descriptivo, los cuales facilitaron la comprensión y señalamiento de los aspectos más relevantes de mi investigación.

5.2. Métodos.

Método Científico.- Se aplicó para desarrollar la investigación formulada de manera lógica, y así lograr la recopilación, organización y expresión de conocimientos en la parte teórica práctica de las obras científico-juridico, hasta la obtención de conclusiones y recomendaciones.

Método Exegético.- Este método me permitió la interpretación de las normas legales contempladas en los diferentes cuerpos legales contempladas en el marco jurídico como la Constitución de la República, Código de la Niñez y Adolescencia.

Método Deductivo.- Utilizado para obtener conclusiones particulares de la realidad general, el cual en la práctica fue utilizada a través de la aplicación y resultados de las encuestas y entrevistas.

Método Analítico.- Mediante el cual se realizó el análisis crítico de los aportes y criterios de varios profesionales que aportaron en esta investigación, a través de sus conocimientos sobre el régimen de visitas.

Método Sintético.- Con la ayuda de este método se realizó la síntesis de la información para llegar a la elaboración de las conclusiones y recomendaciones.

Método Descriptivo.- Me permitió comprometerme a realizar una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema sobre la importancia de la aplicación de la mediación familiar para resolver el régimen de visita de menores.

Método Comparativo.- La utilización de este método me facilito la comprensión y comparación entre las legislaciones de los diferentes países como de Perú y venezuela, en comparación con nuestra legislación en lo que se refiere al presente tema de mi tesis.

Método Estadístico.- La aplicación de este método me permitió el estudio cuantitativo en la presente investigación específicamente en la tabulación de los cuadros y gráficos de las encuestas.

5.3. Procedimiento y Técnicas.

Técnica del dialogo.- A través del cual, pude logar interrelacionarme con los profesionales encuestados y entrevistados.

Técnica de la entrevista.- Dirigida a cinco profesionales del Derecho y Jueces de la Niñez y la Adolescencia quienes aportaron con valiosas opiniones y comentarios según su experiencia personal y profesional.

Esta técnica me permitió recopilar información sobre aspectos importantes que contribuyeron para definir las conclusiones y propuesta legal del presente trabajo investigativo.

Encuesta.- Para lo cual se diseñó un formulario de preguntas basadas en recopilar información. Estas fueron aplicadas a treinta funcionarios judiciales de Loja, así como a abogados en libre ejercicio profesional.

6. RESULTADOS.

6.1. Resultados de las Encuestas.

La presente técnica de encuesta fue aplicada en una muestra de treinta profesionales del Derecho de la ciudad de Loja conocedores de la problemática, de quienes obtuve los siguientes resultados:

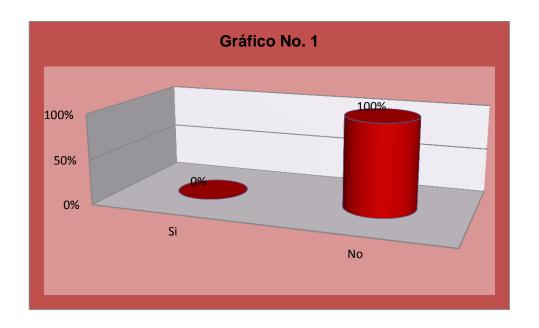
Primera Pregunta: La Constitución de la República del Ecuador determina que la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. ¿Cree usted, que se cumple con esta normativa cuando al padre le obstaculizan el régimen de visitas?

Cuadro No. 1

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

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

Autora: Martha Beatriz Olaya Montoya.



Interpretación:

En esta interrogante treinta encuestados que equivalen al 100%, manifiestan que no se cumple con la protección del Estado respecto a que el padre pueda educar, alimentar, visitar libremente a sus hijos, cuando las progenitoras por resentimiento impiden esta visita. La separación de los padres trae consigo el distanciamiento sentimental de la relación padre e hijos por cuanto en la mayoría de los caso los hijos quedan con la madre, y tiende a llenarles de cuanto a sus hijos para que le guarden rencor a su padre.

Análisis:

Comparto la opinión de los encuestados porque, al encontrarse separados los progenitores por cualquier motivo, existiendo hijos, e ellos el Estado y sus instituciones encargadas como oficina técnica y juntas cantonales de

protección de derechos debe efectivizar sus derechos, ante la amenaza intimidante de la madre con prohibirles que vean a su progenitor.

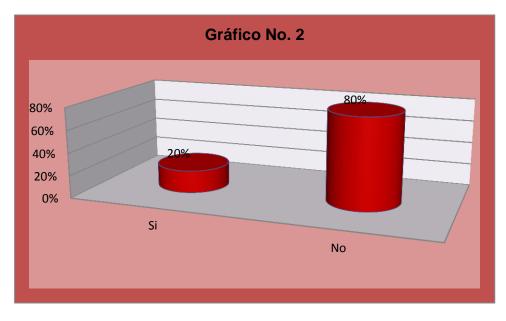
Segunda Pregunta: El Art. 272 del Código Civil establece que no se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieren sido sacados los hijos, <u>visitar a éstos con la frecuencia y libertad que el juez estimare conveniente.</u> ¿Se estará cumpliendo con esta normativa legal?

Cuadro No. 2

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	06	20%
No	24	80%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

Autora: Martha Beatriz Olaya Montoya.



Interpretación:

En esta interrogante seis encuestados que significan el 20%, sostienen que si se permite que los menores separados de sus padres sean visitados por orden judicial conforme lo prevé el Código Civil. Mientras que veinticuatro de los encuestados que pertenecen al 80% manifiestan que no porque a pesar de existir una orden judicial, la madres se ven la forma de evadir la visita hasta que el juez les llama la atención, pero esto no es suficiente porque se debe cumplir con la resolución judicial que emite el juez de familia, con la finalidad de garantizar los derechos a la integridad personal del niño y adolescente.

Análisis:

Estoy de acuerdo con la opinión de la mayoría de los encuestados porque, debe darse fiel cumplimiento del Art. 272 del Código Civil y en caso de incumplir debe ser sancionada por desacato a la autoridad el progenitor que impide que se cumpla con el régimen de visita.

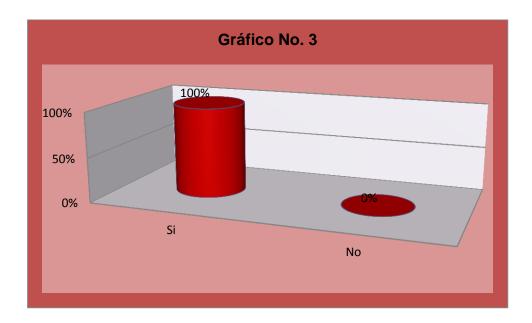
Tercera Pregunta: ¿Considera usted que el interés superior del menor de edad, está siendo inobservado en el régimen de visitas al momento que el tenedor padre o madre obstaculizan la visita al hijo?

Cuadro No. 3

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

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

Autora: Martha Beatriz Olaya Montoya.



Interpretación:

En esta interrogante treinta encuestados que conforman el 100%, responden que sí, está siendo inobservado el interés superior del niño, porque se le limita a que pueda estar con su progenitor, en la fecha esperada. El principio del interés superior considera la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Análisis:

Comparto la opinión de los encuestados porque, el interés superior del niño es un principio que favorece los derechos humanos del niño sobre los demás derechos que se opongan. Al momento que la progenitora obstaculiza el régimen de visita impidiendo que el progenitor visite al hijo está vulnerando sus derechos, por lo tanto, la madre debería ser sancionada.

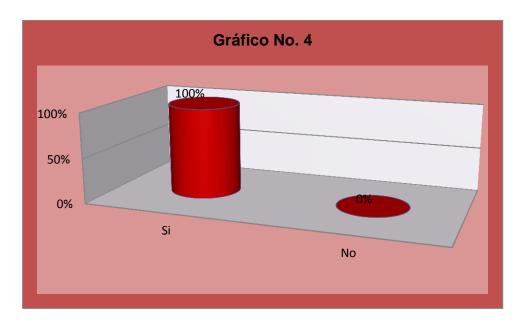
Cuarta Pregunta: En el régimen de visitas cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, sicológica o sexual, el Juez podrá negar la visita respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. ¿Cree necesario que se extienda cuando se obstaculiza la visita del menor?

Cuadro No. 4

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

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

Autora: Martha Beatriz Olaya Montoya.



Interpretación:

En esta interrogante treinta encuestados que constituyen el 100%, opinan que si debe extenderse la negación de la tenencia cuando el tenedor obstaculice el régimen de visita, todo esto con la finalidad de proteger el interés superior del menor y hacerlo efectivo.

Análisis:

Comparto la opinión de los encuestados porque, todo acto que vulnere los derechos del menor debe ser considerado por el Juez y buscar la manera de proteger al menor que está siendo inobservado en su interés superior. Esto sería lo factible porque al no permitirle estar el menor junto a su progenitor que los visita periódicamente le estarían lesionando su integridad psicológica.

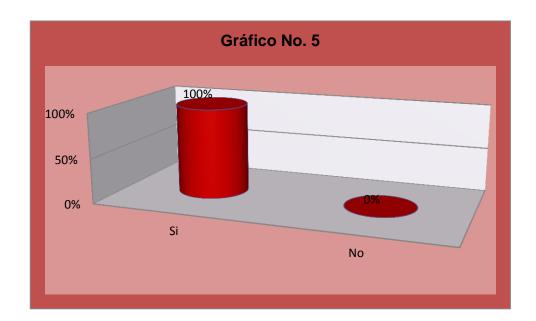
Quinta Pregunta: Aprobaría la elaboración de una propuesta de reforma al Código de la Niñez y la Adolescencia, estableciendo medidas represivas severas para la madre o padre tenedor, que obstaculice la visita del menor.

Cuadro No. 5

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

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

Autora: Martha Beatriz Olaya Montoya.



Interpretación:

En esta interrogante treinta encuestados que significan el 100%, señalan que si es conveniente que se incorpore reforma al Código de la Niñez y la Adolescencia, dirigida a garantizar el régimen de visitas de los niños y adolescentes para esto debe incorporarse medidas coercitivas contra el progenitor tenedor, que obstaculice la visita del niño y adolescente.

Análisis:

Estoy de acuerdo con la opinión de los encuestados porque, el menor de edad debe estar garantizado en sus derechos al desarrollo armónico sin obstáculos o problemas que sean visibles en el hogar, y si el progenitor tiende a impedir que lo visiten debe recibir una sanción ejemplar con la finalidad que no vuelva a hacer. Por eso es necesario incorporar reformas al régimen de visitas.

6.2. Resultados de las Entrevistas.

La técnica de la entrevista fue aplicada a una muestra de cinco funcionarios públicos, entre ellos, un juez, un ex Directora del Centro de Rehabilitación Social de Loja, un Psicólogo, y un Juez de Garantías Penitenciarias, mismos que supieron absolver las interrogantes que me permitieron continuar con este proceso investigativo:

Primera Pregunta: El Art. 122 del Código de la Niñez y Adolescencia establece cuando el juez confié la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija. ¿Qué acción cree usted, que debería seguirse cuando se incumple con el régimen de visitas?

Respuestas:

En esta pregunta los entrevistados manifestaron que el juez debe verificar si el progenitor tenedor a obstaculizado el régimen de visita, llamándoles la atención y en caso de reincidencia debería de revocar la tenencia y dársele a un familiar probo o idóneo para que cuide al menor y permita que sus progenitores pueden visitarlos, sin vulnera el interés superior el niño.

Comentario:

En esta pregunta los entrevistados afirman que debe corregirse la actuación del progenitor que limita del derecho de visita al otro progenitor porque lesiona el interés superior del niño y el derecho a la integridad psicológica del progenitor que no puede visitar a su hijo pese a existir orden judicial.

Segunda Pregunta: ¿Qué opinión le merece en los casos en donde el padre por disposición del juez debe de visitar a su hijo, pero cuando llega el día y hora, no lo puede visitar porque está ausente el menor?

Respuestas:

En esta pregunta los entrevistados responden que se estaría inobservando una orden judicial, esto sería un desacato a la autoridad o incumplimiento de una resolución judicial que debería ser reprimida la progenitora que lesiona este derecho. Se sobre entiende que la fecha señalada en la audiencia por las partes deben cumplirse porque es ley para las partes y una orden judicial debe ser cumplida por ser emanada de una autoridad judicial.

Comentario:

En esta pregunta los entrevistados afirman que debe protegerse la actuación del juez y cumplirse de acuerdo a la fecha del régimen de visita sin imponer obstáculos dentro de la visita, porque se lesionan derechos al progenitor y

en especial al niño que espera que llegue el día para compartir esos momentos con su padre.

Tercera Pregunta: ¿Considera usted, cuando las madres limitan el derecho de visitas al progenitor, lesiona el interés superior del niño, siendo afectado emocionalmente?

Respuestas:

En esta pregunta los entrevistados sostiene que al limitar el derecho de visita a los niños y adolescentes se les esta vulnerando su integridad psicológica, su estado emocional es el que se afecta. El interés superior garantiza los derechos de los niños sobre los demás que se opongan o vulneren su integridad personal, pero debe hacerse efectivo este derecho.

Comentario:

En esta pregunta los entrevistados afirman que debe hacerse efectivo el interés superior del niño, en particular, su integridad psicológica que se ve afectada, al estar limita en verlo a su progenitor los días de visita.

Cuarta Pregunta: ¿Cuál cree usted que podría ser el motivo para que la madre tenedora obstaculiza al padre que visite a su hijo?

Respuestas:

En esta pregunta los entrevistados manifestaron que el principal motivo es la irracionalidad de la madre, falta de madurez para que actué de esa manera con odio o rencor, lesionando directamente el estado emocional del niño o adolescente, eso nos e da cuenta, que no solo hace daño psicológico al

progenitor limitan ver a su hijo. La madre debería estar dentro de un programa de rehabilitación psicológica, luego para que pueda obtener la tenencia del hijo, porque lo que se quiere que los niños y adolecente gocen eficazmente del principio del interés superior.

Comentario:

En esta pregunta los entrevistados afirman que debe corregirse la actuación del progenitor con tratamiento psicológico, por eso es indispensables que el Juez debe conocer a tiempo las razones del porque se priva del régimen de visitas al niño y progenitor, previo a reprimir a la tenedora por obstaculizar la visita.

6.3. Estudio de Caso.

1. Datos Referenciales:

Juicio No 57-2013

CONJUEZA PONENTE: DRA. Janeth Cecilia Santamaría Acurio

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA ESPECIALIZADA DE LA

FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.- Quito, 02 de mayo de 2013, las

10h35'.

2. Antecedentes:

En lo principal, radicada la competencia en esta Sala, por ser la única de la materia, viene a su conocimiento, el recurso de Casación interpuesto por Silvia Margoth Saltos Galarza, en contra del auto resolutorio dictado por la Sala de lo Civil, Inquilinato, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, el 28 de febrero de 2013, a las 14h14', el cual confirmó

el resuelto por el Juez Segundo de la Niñez y Adolescencia el 8 de enero de 2013, a las 8h09', en cuanto tiene que ver con la tenencia de: Aaron Israel y Bernardo Sebastián Conrado Brito, que se otorgó a su padre Cristian David Conrado Brito y además con fundamento en el Art. 122 del Código de Niñez y Adolescencia y 130 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, fijó el régimen de visitas de la recurrente, madre de los prenombrados niño y adolescente, los días domingos de 9h00 a 16h00, debiendo ser retirados del domicilio de su padre y entregados en el mismo lugar, para lo cual dispuso que se oficie a la oficina de la DINAPEN de la ciudad de Ibarra, que debe informar sobre su cumplimiento.

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- El Consejo de la Judicatura de Transición mediante resolución Nº 013-2012 de 24 de febrero del 2012, designó las Conjuezas y Conjueces Nacionales, debidamente posesionados el 2 de marzo de 2012. En coordinación con el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, en sesiones ordinarias de 7 de febrero y 8 de marzo del 2012, se determinó el número necesario de Conjuezas y Conjueces para integrar la Corte Nacional de Justicia; y, se conoció la integración de las Salas Especializadas, autorizando al Presidente del Consejo de la Judicatura de Transición, suscriba el acuerdo de entendimiento con el Titular de la Corte Nacional de Justicia de 8 de marzo del 2012, con lo que se integró sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Art. 200 del Código Orgánico de la Función Judicial. El Tribunal de Conjuezas y Conjuez de la Sala Especializada de Familia, Niñez y

Adolescencia tenemos competencia para calificar la admisibilidad o inadmisibilidad del presente recurso según el numeral 2) del Art. 201 del Código Orgánico de la Función Judicial, en relación con el inciso tercero del Art. 8 de la Codificación de la Ley de Casación, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nº 299 de 24 de marzo del 2004.

La Constitución de la República en el Art. 76, numeral 7, literal m) y la Convención Interamericana de Derechos Humanos en el Art. 25 numeral 2, literal b) reconoce el derecho de las personas de recurrir de los fallos y resoluciones y desarrollar las posibilidades del recurso judicial, ante el órgano competente. La Corte Nacional de Justicia que actúa como Corte de Casación y examina las decisiones de última instancia dadas por las Cortes Provinciales de Justicia que actúan como instancias de apelación. Su especificidad principal radica en que verifica que las sentencias dictadas por los jueces de instancia se sujeten a la normativa vigente en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia (Art. 1 de la Constitución).

2. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN.-

Para la admisibilidad del recurso de casación por parte de la Corte Nacional de Justicia se requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley de la materia, de tal forma que la falta u omisión de alguno de ellos tiene como consecuencia su inadmisión ya que al tratarse de un recurso extraordinario se sujeta al principio dispositivo consagrado en el Art. 168 numeral 6 de la Constitución y el Art. 19, inciso 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo tanto quien lo interpone debe demostrar claramente

en su fundamentación el error que invoca. Conforme lo dispuesto en el Art. 7 de la Codificación de la Ley de Casación se debe verificar que en la interposición del presente recurso concurran los siguientes requisitos: 1ra. Si la sentencia o auto objeto del recurso es de aquellos contra los cuales procede el recurso de casación, de conformidad con el Art. 2 de la ley de la materia; 2da. Si se ha interpuesto dentro del tiempo señalado en el Art. 5; 3ra. Si el recurrente tiene legitimación activa para interponer el recurso de conformidad con lo dispuesto por el Art. 4; y, 4ta. Si el escrito mediante el cual se deduce el recurso de casación reúne los requisitos señalados de conformidad con lo dispuesto en el Art. 6 de la misma ley, el cual dispone que debe contener en forma obligatoria lo siguiente: 1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales; 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido; 3. La determinación de las causales en que se funda; y, 4. Los fundamentos en que se apoya el recurso. La circunstancia de que la Primera Sala de lo Civil, Laboral, Inquilinato, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, haya dado como bien interpuesto el recurso de casación deducido por la recurrente, no impide que el Tribunal de Conjuezas y Conjuez de la Sala Especializada de Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, examinen si se ha obrado o no con apego a las normativa vigente. Para resolver sobre la admisibilidad del recurso de casación interpuesto, se considera: La casación al ser un recurso extraordinario está sujeto al principio dispositivo consagrado en el Art. 168

numeral 6 de la Constitución y se desarrolla en el Art. 19, inciso 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo tanto quien lo interpone, a través de su impulso dentro del proceso, debe fundamentar el error que invoca, tal como lo ha ratificado la Corte Constitucional: "el recurso de casación ha sido instituido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como un recurso extraordinario, a diferencia de otros, como el de apelación, que es recurso ordinario. En la previsión legal de este recurso se encuentra taxativamente determinadas las causas por las que procede, y por las que en consecuencia, serán admitidos, a diferencia de los recursos ordinarios que pueden ser interpuestos aduciendo lesión de cualquier norma jurídica en la sentencia o auto, razón por la que para el recurso de casación se han previsto requisitos más rigurosos que para cualquier otro recurso. La extraordinariedad (sic) del recurso se justifica por cuanto en general, en la tramitación de los procesos anteriores se ha cumplido con la pluralidad de instancias, por lo que la posibilidad de interponer un recurso nuevo debe obedecer a circunstancias especiales" (Sentencia No. 004-10-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 159, de viernes 26 de Marzo de 2010). La finalidad del recurso de casación es la de mantener la exacta observancia de la Constitución y la ley en las sentencias o autos que pongan fin a los procesos y sean definitivos, por lo cual es obligación de quien recurre cumplir con los requisitos establecidos en la Ley de Casación vigente. Debe tenerse en cuenta que el recurso es de excepción, por lo tanto, de derecho estricto, y le está vedado a la Corte Nacional de Justicia suplir o enmendar las omisiones o errores en la fundamentación del recurso,

y solo puede examinar las causales dentro de los aspectos planteados por el recurrente, por lo cual es obligación del abogado en el patrocinio de la causa proceder con arreglo a las leyes vigentes según lo dispone el Art. 330 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial. El recurso de casación cabe exclusivamente en procesos de conocimiento, contra sentencias y autos finales y definitivos, por lo cual si no tienen esa calidad no se puede interponer este recurso extraordinario, esto significa como lo explica el tratadista Luis Cueva Carrión que "no exista otro nivel jurisdiccional ante el cual podamos recurrir en apelación y que en ninguna forma podamos someter a conocimiento del juez el mismo asunto" (CUEVA Carrión Luis, La Casación en materia civil, Ed. Cueva Carrión, 2da. Edición 2011, p. 167). Es preciso entonces que el auto impugnado "(...) sea final y definitivo causando excepción de cosa juzgada sobre el motivo central de la controversia, de manera que no pueda renovarse la contienda ni ante el mismo Tribunal ni ante otro diferente." (Ibídem).

Sobre la procedencia, el Art. 2 de la Ley de la ley de la materia prescribe: "El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores...". Cabe entonces indicar qué son procesos de conocimiento: para Hernando Devis Echandía: "Los procesos de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva que tienen como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica, e incluye, por lo

tanto, el grupo general de declarativos y a los dispositivos"⁷⁵. El argentino Lino Enrique Palacio, "...el proceso de conocimiento, de declaración o consignación, como aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a lograr que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos alegados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes. El efecto invariable y primario de los pronunciamientos que recaen en esta clase de procesos se halla representado, pues, por una declaración de certeza acerca de la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor".

En el caso sub-júdice, dicha decisión del Tribunal ad-quem no es definitiva conforme lo establece el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia que indica: "Procedencia.- Cuando el juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo la reglas del artículo 106". El Art. 119 del mismo cuerpo normativo dice: "Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia.- Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia." (Lo resaltado y subrayado es nuestro.) Es decir que este tipo de auto resolutorio en el cual se fija al mismo tiempo el régimen de tenencia del hijo o hija y el

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, "Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, tomo 1. 13ª. edición, 1994, Medellín, biblioteca Jurídica Dike, Pág. 166".

régimen de visitas, no tiene la característica de ser definitivo, ya que no declara o extingue un derecho que en el futuro no podrá volver a discutirse, lo cual es un requisito fundamental para la procedencia del recurso extraordinario de casación, conforme lo prevé el Art. 2 de la Ley de la materia, por lo cual pueden modificarse si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del niño, niña o adolescente que tiene la calidad de hijo o hija de familia, por lo cual no causa ejecutoria.

Es obligatorio para los juzgadores, garantizar de manera efectiva el cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 44 de la Constitución de la República y el Art. 9 numeral 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que recogen el derecho de niños, niñas y adolescentes al desarrollo integral, en un entorno familiar de afectividad y seguridad, ya que junto con el régimen de tenencia asignado, en este caso, al padre se garantiza, el derecho de visita de su madre, por lo cual se fijan los derechos y obligaciones de uno y otro progenitor. Respecto del régimen de visitas, del progenitor que no ejerce la tenencia legal, el mismo tiene como fin garantizar: 1) el derecho del niño, niña o adolescente a mantener relaciones personales y de contacto directo, con su progenitor de modo regular, sin lesionar su interés superior; y, 2) el ejercicio de los derechos y deberes recíprocos de la relación entre dicho progenitor/a y sus hijos que incluye afecto, solidaridad, socorro, respeto y las consideraciones necesarias para que cada uno pueda desarrollarse como persona, cumpliendo sus derechos y responsabilidades.

Es el juzgador que dicta el auto resolutorio sobre esta materia, el obligado al seguimiento sobre el cumplimiento de sus resoluciones, a través del informe que al respecto deben remitirle la oficina técnica respectiva, conforme lo dispuesto en el Art. 290 del Código de Niñez y Adolescencia, ya que el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva implica un deber y una regla de conducta para los juzgadores contemplado en el Art. 75 de la Constitución de la República, y en el Art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, que tiene como propósito asegurar que el proceso judicial se ajuste a derecho y que la decisión del órgano administrador de justicia asegure la eficacia. De este modo se rebasa el plano de mera declaración de intención, constituyéndose en la plena expresión de su potestad jurisdiccional, para garantizar el respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de los integrantes de los distintos tipos de familia.

3. Resolución:

Por las consideraciones anteriores, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 8 de la Ley ibídem el Tribunal de Conjuezas y Conjuez de la Sala Especializada de Familia Niñez y Adolescencia, rechaza el recurso de casación interpuesto por Silvia Margoth Saltos Galarza, ya que incumple el requisito de procedencia establecido en el Art. 2 de la Ley de Casación. Actúe como Secretaria Relatora encargada la Dra. Patricia Velasco Mesías, en virtud de la acción de personal No 384 –DNP- de 8 de febrero de 2012. Notifíquese y devuélvase.

4. Comentario:

En el presente caso el Juez inferior ha vulnerado el régimen de tenencia y con esto el régimen de visita, al menor de edad, lo que se busca en cada caso que se proteja el interés superior del niño, y que en caso que exista obstáculos para limitar al progenitor ver a su hijos, el tenedor responsables debe ser reprimido, con la finalidad que no limite este derecho al padre e hijo.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de Objetivos.

En la presente tesis me propuse un objetivo general y tres específicos:

Objetivo general:

"Realizar un estudio conceptual, doctrinario y jurídico del interés superior del menor que se encuentra bajo el régimen de visitas".

Este objetivo lo verifico con la revisión de literatura, estructurada de manera lógica en las temáticas analizadas que comprende el Marco Conceptual con temas como; Derecho de familia, Matrimonio, Divorcio, Patria Potestad, Tenencia, Régimen de Visitas, y, Interés Superior del menor de edad.

En lo que tiene que ver con el Marco Doctrinario, lo verifico prestando atención a la Padrectomía por la Obstrucción del vínculo y la disminución de la Función Parental, El Síndrome de Alienación Parental por la separación de los Progenitores, La Tutela Vincular en el Régimen de Visitas, y, El Principio del Interés Superior del Niño en el Régimen de Visitas.

El Marco Jurídico lo verifico con el análisis de la Constitución de la República del Ecuador; Declaración de los Derechos del Niño, Convención Sobre los Derechos del Niño, y, Código de la Niñez y Adolescencia.

En la Legislación Comparada analizo el Código de los Niños y Adolescentes de la República del Perú, y, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de la República Bolivariana de Venezuela.

El primer objetivo específico planteado es:

1. Establecer el motivo por el cual, la madre tenedora obstaculiza al padre que visite a su hijo.

Este objetivo lo verifico al aplicar la cuarta pregunta de las entrevista donde los consultados respondieron que existe vulneración de los derechos humanos de los niños y adolescentes siendo el principal motivo la irracionalidad de la madre, falta de madurez para que actué de esa manera con odio o rencor, lesionando directamente el estado emocional del niño o adolescente, eso nos e da cuenta, que no solo hace daño psicológico al progenitor limitan ver a su hijo. La madre debería estar dentro de un programa de rehabilitación psicológica, luego para que pueda obtener la tenencia del hijo, porque lo que se quiere que los niños y adolecente gocen eficazmente del principio del interés superior

El segundo objetivo específico planteado es:

2. Demostrar que el interés superior del menor está siendo vulnerado en el régimen de visitas al no permitir la tenedora al padre pueda visitar a su hijo.

Este objetivo lo confirmo con la aplicación de la tercera pegunta de la encuesta donde todos los consultados manifiestan que si, está siendo inobservado el interés superior del niño, porque se le limita a que pueda estar con su progenitor, en la fecha esperada. El principio del interés superior considera la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

El tercer objetivo planteado es:

3. Elaborar una propuesta de reforma al Código de la Niñez y la Adolescencia, estableciendo medidas represivas severas para la madre o padre tenedor, que obstaculice la visita del menor.

Este objetivo lo verifico mediante la aplicación de la quinta pregunta de la encuesta, donde los consultados opinan que si es conveniente que se incorpore reforma al Código de la Niñez y la Adolescencia, dirigida a garantizar el régimen de visitas de los niños y adolescentes para esto debe incorporarse medidas coercitivas contra el progenitor tenedor, que obstaculice la visita del niño y adolescente.

7.2. Contrastación de Hipótesis.

La presente hipótesis plateada en mi trabajo de investigación es:

El interés superior del menor de edad, está siendo inobservado en el régimen de visitas al momento que el tenedor padre o madre obstaculizan la visita al hijo.

La presente hipótesis planteada ha sido contrastada con el análisis de la dimensión de la literatura, ya sea en el marco conceptual, jurídico y doctrinario, ya que determino que el principio de interés superior no está garantizado, ni aplicado, al no cumplir la protección de los derechos de los hijos al momento que el tenedor o tenedora le limita ver a su progenitor conforme los estable el régimen de visitas.

7.3 Fundamentación Jurídica de la Propuesta.

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 67, establece a la familia, sus tipos y el matrimonio; reconociendo a la familia en sus diversos tipos. Siendo el Estado ecuatoriano el encargado de proteger como núcleo fundamental de la sociedad y garantizar condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes; más adelante en el Art. 69 establece para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia; promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. En el numeral cuatro

encontramos que el Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas u jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, *y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa*. Esto en concordancia con lo dispuesto en el Art. 272 del Código Civil, que tipifica el *Derecho de visitar a los hijos;* siendo clara la norma constitucional en señalar que no se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieren sido sacados los hijos, *visitar a éstos con la frecuencia y libertad que el juez estimare conveniente*. Sin embargo esta normativa legal no está siendo cumplida porque existen casos en donde el padre por disposición del juez competente debe de visitar a su hijo, pero cuando llega la fecha y hora, no lo puede visitar porque no se encuentra; de esta manera a los padres se les viene privando del derecho a visitar a su hijos, por parte de las madres que limitan este derecho de visitas, lesiona el interés superior del niño, niña y adolescente; sin considerar; que está siendo afectado emocionalmente.

El Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en Art. 26 señala el Derecho a una vida digna de los niños, niñas y adolescentes tienen derecho y que se les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral, disposición incumplida cuando la madre tenedora obstaculiza al padre ver su hijo.

El Art. 122 del Código de la Niñez y la Adolescencia tipifican el Derecho a las visitas que en todos los casos en que el juez confié la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija. Señalando además cuando

se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, sicológica o sexual, el Juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intra-familiar. Es decir, solamente cuando existe agresión por parte del visitante es prohibido judicialmente; lo que limita los derechos que tienen las niñas, niños y adolescentes, como lo es el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho a su desarrollo integral, entendiendo como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Al negársele al niño ver a su padre las fechas señaladas por los jueces de familia, se está vulnerando el interés superior del menor, así como se limita el derecho al padres de visitar a su hijo. Por lo que resulta necesario elaborar una propuesta de solución ante esta problemática, reformando el Código de la Niñez y Adolescencia.

8. CONCLUSIONES.

Las conclusiones que considero pertinentes presento a continuación:

- 1. En Ecuador la Constitución de la República y Código de la Niñez y Adolescencia, contemplan normas que protegen la integridad personal de los niños, niñas y adolescente, sin embargo, este derecho se vulnera al prohibir el régimen de visita al menor.
- 2. Los Derechos Humanos de los niños y adolescentes bajo el régimen de visitas obstaculizado, están siendo vulnerados, al no recibir tratamiento alguno de protección del interés superior conforme prevé la Constitución de la República.
- El interés superior del menor de edad, está siendo inobservado en el régimen de visitas al momento que el tenedor padre o madre obstaculizan la visita al hijo.
- 4. Los resultados de la investigación de campo aportó con interesantes criterios respecto de la vulneración del interés superior del niño que está siendo limita en ser visitado por su progenitor pese a existir orden judicial
- 5. Existe la necesidad de establecer normas legales en el Código de la Niñez y Adolescencia estableciendo medidas represivas severas para la madre o padre tenedor, que obstaculice la visita del menor.

9. RECOMENDACIONES

Las recomendaciones que estimo pertinente presentar son:

- 1. Es necesario que el Estado a través de las Oficinas Técnicas del Juzgado de Familia Niñez y Adolescencia, realice un seguimiento a los menores que están bajo el régimen de tenencia y visitas, para verificar las garantías del interés superior.
- 2. A las Carreras de Derecho de las Universidades del Ecuador, organice seminarios talleres encaminados a discutir sobre el régimen de tenencia y régimen de visitas y los conflictos que surgen entre los progenitores y el interés superior del niño.
- 3. Al Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cutos, organicen programas sobre la protección de los derechos del niño que se encuentra bajo la tenencia de su progenitora y régimen de visitas.
- 4. Al Consejo de la Judicatura analice esta problemática del obstáculo por parte dela progenitora en el régimen de visitas que impide al menor ver a su padre.
- 5. A los Asambleístas reformen el Art. 125 del Código de la Niñez y Adolescencia, incorporando normas que garanticen el interés superior del niño, y evitar que sus progenitores tenedores obstaculicen el régimen de visitas.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CONSIDERANDO:

Que, la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 67, establece a la familia, sus tipos y el matrimonio; reconociendo a la familia en sus diversos tipos. Siendo el Estado ecuatoriano el encargado de proteger como núcleo fundamental de la sociedad y garantizar condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes

Que, la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 69 establece para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia; promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

- **Que,** en el Art. 272 del Código Civil, tipifica el Derecho de visitar a los hijos; siendo clara la norma constitucional en señalar que no se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieren sido sacados los hijos, visitar a éstos con la frecuencia y libertad que el juez estimare conveniente; y,
- Que, el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en Art. 26 señala el Derecho a una vida digna de los niños, niñas y adolescentes tienen derecho y que se les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral, disposición incumplida cuando la madre tenedora obstaculiza al padre ver su hijo.
- Que, El Art. 122 del Código de la Niñez y la Adolescencia tipifican el Derecho a las visitas que en todos los casos en que el juez confié la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija.
- **Que,** al negársele al niño ver a su padre las fechas señaladas por los jueces de familia, se está vulnerando el interés superior del menor, así como se limita el derecho al padres de visitar a su hijo.
- Que, es necesario incorporar una propuesta de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia estableciendo medidas represivas severas para la madre o padre tenedor, que obstaculice la visita del menor de edad.

En uso de las atribuciones que confiere el numeral 6 del Art. 120 de la

Constitución de la República del Ecuador, **EXPIDE** la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Art. 1. A continuación del Art. 125, agréguese un inciso que dirá:

"En el caso que la progenitora o progenitor obstaculicen el régimen de

visita ordenado por el Juez, el responsable será sancionado con multa

de un salario básico unificado del trabajador en general, y en caso que

vuelva a reincidir el progenitor tenedor perderá la tenencia del menor;

y el juez extenderá la tenencia al progenitor o a otro familiar, con la

finalidad de garantizar el principio del interés superior del niño, niña o

adolescente según el caso".

Articulo Final: La presente reforma entrará en vigencia a partir de su

publicación en el Registro Oficial.

Dado en la Ciudad de San Francisco de Quito, en la Sala de Sesiones de la

Asamblea Nacional a los 24 días del mes de junio de 2015.

f.) Presidenta

f.) Secretario

96

10. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE A. Rubén. La Tenencia de Menores en el Ecuador, Editorial Cárdenas, Quito Ecuador, 1 Edición.
- ALBALADEJO, Manuel. "Curso de derecho civil". Tomo IV. Librería Bosch. Barcelona-España. 1982.
- ARIAS, José. "Derecho de familia". Segunda Edición. Editorial Kragt Limitada. Buenos Aires-Argentina. 1952.
- ASOCIACIÓN PERUANA DE INVESTIGACIÓN DE CIENCIAS
 JURÍDICAS. "Derecho Procesal Civil". Tomo II. Editorial San Marcos
 E.I.R.L. Lima-Perú. 2010.
- 5. AZPIRI, Jorge. "Derecho de familia". Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires-Argentina. 2000.
- 6. BAQUEIRO ROJAS, Edgard; y, BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. "Derecho de familia y sucesiones". Harla S.A. México D.F. 1994.
- 7. BARBERO, Doménico. "Sistema del derecho privado". Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires-Argentina. 1967.
- BELLUSCIO, Augusto, C, Derecho de Familia. Tomo I, Parte General,
 Matrimonio, Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1979
- BOLAÑOS, Ignacio. Hijos Alienados y Padres Alienados.
 Asesoramiento e Intervención en las Rupturas Conflictivas. I
 Congreso de Psicología Jurídica en Red (2004).
- BOLAÑOS, Ignacio. "Estudio descriptivo del Síndrome de Alienación
 Parental en procesos de separacion y divorcio. Diseño y aplicación de

- un programa piloto de mediación familiar". Barcelona: Universitat Autónoma de Barcelona, 2000.
- BOLAÑOS, Ignacio. cataloga este proceso psicológico dentro de los problemas de invalidación. Barcelona: 2000.
- 12. BORRÁS, Alegría. (1994). El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. *Revista Jurídica de Cataluña*, nº. 4.
- BOSSERT, Gustavo; y, ZANNONI, Eduardo. "Manual de derecho de familia" Segunda Edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires-Argentina. 1989.
- BRUGI, Biagio. "Instituciones del derecho civil". Unión Topográfica
 Editorial Hispano Americana. México D.F. 1946.
- CABANELLAS, de Torres, Guillermo, "Diccionario Jurídico Elemental",
 Editorial Heliasta, Buenos Aires- Argentina, 2003
- 16. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. "Diccionario Jurídico Elemental". Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires Argentina. 1993.
- CÓDIGO CIVIL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2015.
- CÓDIGO DE LA NINEZ Y LA ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2015.
- CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA REPÚBLICA
 DEL PERÚ.

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2008.
- 21. Convención Sobre los Derechos de los Niños. Aprobada en Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y entró en vigencia el 1990. Ecuador la ratifica en marzo de 1990. Registro Oficial No. 31 del 22 de septiembre de 1992.
- 22. Declaración de los Derechos del Niño. La Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Aprueba el 20 noviembre de 1959. Principios de protección de los Derechos del Niño. Principio 2.
- 23. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, "Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, tomo 1. 13ª. edición, 1994, Medellín, biblioteca Jurídica Dike.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA. Editorial Bibliográfica Argentina. S.R.I.
 Tomo XXVV. Buenos Aires. Año 1968.
- GARDNER Richard: Recent trends en divorce and custody litigation.
 Academy Forum. 1985
- 26. GARCÍA, Méndez, Emilio-BELOFF, Mar (compiladores), infancia, ley y democracia en América Latina. Editorial Temis- Depalma, Santafe de Bogotá- Buenos aires, 1999. Segunda edición, 1999.
- 27. GRAN DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO RIMEX, Editores Internacionales Rimex, Tercera Edición, Bogotá-Colombia, 2002.
- 28. LARREA HOLGUIN, Juan. "Manual de Derecho Civil del Ecuador".
- 29. Ley Nº 27982 (publicada el 29/05/2004) de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar.

- 30. LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.
- 31. LOPEZ FAURA, Norma. "Síndrome de Alienación Parental: Una Oportunidad de Encuentro entre el Derecho y La Psicología". En: X Encuentro anual de institutos de derecho de familia y menores. Colegio de Abogados de Pergamino. QUILMES, Argentina 27 de abril de 2007.
- 32. LOPEZ FAURA, Norma "Psicología y Derecho: Una Articulación Pendiente en los Procesos de Familia". Trabajo expuesto en la Jornada de Reflexión y Análisis de la Ley 26.061 promovida por la "Comisión de los Derechos del Niño y la Familia" de F.A.C.A., en San Miguel de Tucumán el 17/11/06.
- MONROY Cabra, Marco Gerardo. Derecho de familia y de menores.
 Editorial Librería Jurídica Wilches. Cuarta Edición. Bogotá, 1996.
- 34. ORBE, Héctor F. Derecho de Menores. Quito Ecuador. 1995.
- OSSORIO, Manuel. "Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales".
 Editorial Heliasta, Buenos Aires- Argentina, 2007.
- PARRA CAICEDO, María Cristina. Pontificación Universidad
 Javeriana, Bogotá, Colombia, D.E. 1987
- 37. PLÁCIDO V., Alex F. Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia. Lima: Gaceta Jurídica, 2003.
- 38. PLANIOL, Marcel, Derecho Civil, Editorial Harla, México D.F., 2001

- PORTALIS; citado por PAVON, Cirilo. "Tratado de la familia en el derecho civil argentino". Tomo I. Editorial Ideas. Buenos Aires-Argentina. 1946.
- 40. ROCA, E. (1994). El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado, discurso de contestación a la académica de número Dra. Alegría Borrás, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Revista Jurídica de Cataluña, nº. 4.
- 41. RODRÍGUEZ Moreno, Rafael. Tratado sobre los derechos de la familia y la defensa del menor. Ediculco Ltda. Santafé de Bogotá. 1993.
- 42. ROMBOLA, Néstor Darío y REIBOIRAS, Lucio Martín.- Diccionario RUY DIAZ de Ciencias Jurídicas y Sociales. Editorial Ruy Díaz. Impreso por Printer Colombiana. S.A. Bogotá Colombia 2005.
- 43. SILVEIRA, P. Exercicio da Paternidada; Artículo sin publicación; Brasil; 1996.
- STILERMAN, Martha N. Menores, Editorial Universidad S.R.I, Tomo1,
 Buenos Aires, Argentina, Año 1991
- 45. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. "Tratado de derecho civil español". Tomo IV. Tercera edición. Talleres Tipográficos "Cuesta". Valladolid-España. 1926.
- ZICAVO MARTÍNEZ, Nelson Sergio. Master en Psicología Clínica.
 Docente Universidad del Bio-Bio. Chillán-Región Blobio-Chile. 1999.

- 47. ZICAVO MARTÍNEZ, Nelson Sergio. Master en Psicología Clínica.

 Docente Universidad del Bio-Bio. Chillán-Región Blobio-Chile. 1999.
- 48. ZICAVO MARTÍNEZ, Nelson Sergio. LA ALIENACIÓN PARENTAL Y EL PROCESO DE LA PADRECTOMÍA. REVISTA CUBANA DE PSICOLOGÍA. 2008.
- 49. ZICAVO MARTÍNEZ, Nelson Sergio "El rol de la paternidad y la Padrectomía postdivorcio".Enhttp://www.geocities.com/papahijo2000/tesis.htmly.ap

adeschi.org.ar

11. ANEXOS.

ANEXO No. 1. Formato de las Encuestas



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA CARRERA DE DERECHO

Me encuentro desarrollando mi tesis previo a optar por el Título de Abogada que versa sobre el tema: "VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, AL MOMENTO QUE EL PROGENITOR TENEDOR, OBSTACULIZA EL RÉGIMEN DE VISITAS", por ello le solicito muy comedidamente se digne responder a las preguntas de la siguiente ENCUESTAS, con la finalidad de conocer su criterio el cual será fundamental para el desarrollo y análisis de la temática en estudio.

1.	La Constitución de la República del Ecuador determina que la madre y el
	padre estarán obligados al cuidado, crianza, desarrollo integral y
	protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se
	encuentren separados de ellos por cualquier motivo. ¿Cree usted, que
	se cumple con esta normativa cuando al padre le obstaculizan ver a su
	hijo?
	Si () No () Porqué:

2. El Art. 272 del Código Civil establece que no se prohibirá al padre o
madre, de cuyo cuidado personal hubieren sido sacados los hijos, visita
a éstos con la frecuencia y libertad que el juez estimare conveniente
¿Se estará cumpliendo con esta normativa legal?
Si () No ()
Porqué:
3. Considera usted que el interés superior del menor de edad, está siendo
inobservado en el régimen de visitas al momento que el tenedor padre o
madre obstaculizan la visita al hijo.
C; () No ()
Si () No () Porqué:

4.	En el régimen de visitas cuando se hubiere decretado alguna medida de
	protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física,
	sicológica o sexual, el Juez podrá negar la visita respecto del progenitor
	agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la
	violencia. ¿Cree necesario que se extienda cunado se obstaculiza la
	visita del menor?
	Si () No () Porqué:
5.	Aprobaría la elaboración de una propuesta de reforma al Código de la
	Niñez y la Adolescencia, estableciendo medidas represivas severas para
	la madre o padre tenedor, que obstaculice la visita del menor.
	Si () No () Porqué:

Formato de las Entrevistas



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA CARRERA DE DERECHO

Me encuentro desarrollando mi tesis previo a optar por el Título de Abogada que versa sobre el tema: "VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, AL MOMENTO QUE EL PROGENITOR TENEDOR, OBSTACULIZA EL RÉGIMEN DE VISITAS", por ello le solicito muy comedidamente se digne responder a las preguntas de la siguiente ENTREVISTAS, con la finalidad de conocer su criterio el cual será fundamental para el desarrollo y análisis de la temática en estudio.

1.	El Art. 122 del Código de la Niñez y Adolescencia establece cuando el
	juez confié la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los
	progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá
	hacer al hijo o hija. ¿Qué acción cree usted, que debería seguirse
	cuando se incumple con el régimen de visitas?

2.	¿Qué opinión le merece en los casos en donde el padre por disposición
	del juez debe de visitar a su hijo, pero cuando llega el día y hora, no lo
	puede visitar porque está ausente el menor?
3.	¿Considera usted, cuando las madres limitan el derecho de visitas al
	progenitor, lesiona el interés superior del niño, siendo afectado
	emocionalmente?
4.	Cuál cree usted que podría ser el motivo para que la madre tenedora
	obstaculiza al padre que visite a su hijo.

ANEXO No. 2.

Proyecto de Tesis Aprobado

1. TEMA:

"VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, AL MOMENTO
QUE EL PROGENITOR TENEDOR, OBSTACULIZA EL RÉGIMEN DE
VISITAS".

2. PROBLEMÁTICA.

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 67, establece a la familia, sus tipos y el matrimonio; reconociendo a la familia en sus diversos tipos. Siendo el Estado ecuatoriano el encargado de proteger como núcleo fundamental de la sociedad y garantizar condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes; más adelante en el Art. 69 establece para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia; promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. En el numeral cuatro encontramos que el Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas u jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará

especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa. Esto en concordancia con lo dispuesto en el Art. 272 del Código Civil, que tipifica el Derecho de visitar a los hijos; siendo clara la norma constitucional en señalar que no se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieren sido sacados los hijos, visitar a éstos con la frecuencia y libertad que el juez estimare conveniente. Sin embargo esta normativa legal no está siendo cumplida porque existen casos en donde el padre por disposición del juez competente debe de visitar a su hijo, pero cuando llega la fecha y hora, no lo puede visitar porque no se encuentra; de esta manera a los padres se les viene privando del derecho a visitar a su hijos, por parte de las madres que limitan este derecho de visitas, lesiona el interés superior del niño, niña y adolescente; sin considerar; que está siendo afectado emocionalmente.

El Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en Art. 26 señala el Derecho a una vida digna de los niños, niñas y adolescentes tienen derecho y que se les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral, disposición incumplida cuando la madre tenedora obstaculiza al padre ver su hijo.

El Art. 122 del Código de la Niñez y la Adolescencia tipifican el Derecho a las visitas que en todos los casos en que el juez confié la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija. Señalando además cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, sicológica o sexual, el Juez podrá negar el

régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intra-familiar. Es decir, solamente cuando existe agresión por parte del visitante es prohibido judicialmente; lo que limita los derechos que tienen las niñas, niños y adolescentes, como lo es el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho a su desarrollo integral, entendiendo como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Al negársele al niño ver a su padre las fechas señaladas por los jueces de familia, se está vulnerando el interés superior del menor, así como se limita el derecho al padres de visitar a su hijo.

3. JUSTIFICACIÓN.

La investigación jurídica de la problemática se inscribe, dentro del área del Derecho Social, principalmente en el Derecho de Visitas de las niñas, niños y adolescentes, y su protección a su integridad personal; por tanto, se justifica académicamente, en cuanto cumple la exigencia del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico en aspectos inherentes a las materias de derecho positivo, sustantivo y adjetivo para optar por el Grado de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República.

Socio-jurídicamente la investigación es necesaria, para aportar que los progenitores puedan ejercer libremente el derecho de visita de su hijos y se respeten sus derechos; considerando que los organismos de control competentes efectivicen su labor; previo a garantizar la seguridad jurídica, evitando que se violenten sus derechos como los contempla la Constitución de la República del Ecuador.

El problema jurídico y social, materia del proyecto de investigación es trascendente, en lo que tiene que ver con la obligatoriedad del Estado para con sus ciudadanos, velar por su bienestar, por un desarrollo integral y justo, sin violentar sus derechos contemplados en la Constitución de la República del Ecuador tales como: el derecho a la visita de las niñas, niños y adolescentes.

Se deduce por tanto que la problemática tiene importancia social y jurídica para ser investigada, en procura de organismos de control de carácter jurídico-social que la prevengan y controlen en sus manifestaciones.

Con la aplicación de métodos, procedimientos y técnicas será factible realizar la investigación socio-jurídica de la problemática propuesta, en tanto existen las fuentes de investigación bibliográficas, documental y de campo que aporten a su análisis y discusión; pues, cuento con el apoyo logístico necesario y con la orientación metodológica indispensable para un estudio causal explicativo y crítico de lo que son los derechos de los menores de edad que se encuentra bajo la institución jurídica del régimen de visitas.

4. OBJETIVOS:

General

Realizar un estudio conceptual, doctrinario y jurídico del interés superior del menor que se encuentra bajo el régimen de visitas.

Específicos:

- Establecer el motivo por el cual, la madre tenedora obstaculiza al padre que visite a su hijo.
- Demostrar que el interés superior del menor está siendo vulnerado en el régimen de visitas al no permitir la tenedora al padre pueda visitar a su hijo.
- Elaborar una propuesta de reforma al Código de la Niñez y la Adolescencia, estableciendo medidas represivas severas para la madre o padre tenedor, que obstaculice la visita del menor.

5. HIPÓTESIS:

El interés superior del menor de edad, está siendo inobservado en el régimen de visitas al momento que el tenedor padre o madre obstaculizan la visita al hijo.

6. MARCO TEÓRICO.

Derecho a Visitas.

"El derecho de visita es el derecho que la Ley atribuye al cónyuge o progenitor que no tenga atribuida la guarda y custodia de los hijos comunes menores de edad (cuando los hijos son mayores ya no existe guarda y custodia ni derecho de visitas, en cambio la pensión de alimentos perdurará hasta la independencia económica), y por tanto no disfrute del cuidado y compañía principal de los menores, regulándose detalladamente por tanto el régimen de comunicación y visitas que le corresponda"¹. Debe ser determinado en virtud de convenio regulador del divorcio de mutuo acuerdo (o separación o modificación de medidas), o en su defecto, por el Juez en el procedimiento de divorcio contencioso.

Es importantísimo que exista flexibilidad y comunicación entre los progenitores en la distribución de los periodos de visita, y ello depende en gran medida de qué tipo de procedimiento hayan seguido los cónyuges, teniendo menor cooperación en los divorcios contenciosos, y mayor cooperación y entendimiento en los procedimientos de divorcio de mutuo acuerdo, que incentivamos desde nuestro despacho, para todos los casos en los que el divorcio sea necesario, ya que los más perjudicados e indefensos suelen ser los hijos menores o incapacitados.

1 http://divorcieitor.com/concepto-de-derecho-de-visitas/

El Art. 122 del Código de la Niñez y la Adolescencia establece: "En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija.

Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, sicológica o sexual, el Juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intra-familiar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión.

Art. 123.- Forma de regular el régimen de visitas.- Para la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo.

Si no existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo la hija, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta:

- Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y,
- 2. Los informes técnicos que estimen necesarios.

Art. 124.- Extensión.- El Juez extenderá el régimen de visitas a los ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de la línea colateral, en las condiciones contempladas en el presente título. También podrá hacerlo respecto de otras personas, parientes o no, ligadas afectivamente al niño, niña o adolescente.

Art. 125.- Retención indebida del hijo o la hija.- El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución"².

Si el requerido no cumple con lo ordenado, el Juez decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar, sin necesidad de resolución previa, el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación.

"El derecho de visita puede considerarse como el reverso de la custodia de los hijos que surgen de la separación matrimonial. Las relaciones que se ven alteradas por la falta de convivencia ordinaria requieren un tratamiento especial, no obstante, en la práctica aparecen serias dificultades entre las que se puedan señalar; la delimitación de la periodicidad más adecuada en

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.- Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2012. Art. 122- 125.

la rotación de convivencia norma y visitas"³. Es indudable que la mayoría de los niños y niñas sienten la transición de la separación de los padres y por lo general suele ser muy dolorosa, a pesar de que los adultos la cataloguen a la separación como un hecho idóneo y saludable que rescata a la familia de la conflictividad y de la destrucción.

El derecho de visitas es considerado en principio como un verdadero derecho que puede reivindicar y ejercitar a determinadas personas y en este espacio se distinguen las siguientes situaciones:

Titulares del Derecho de visitas.

- 1. "Los progenitores respecto a sus hijos luego de la crisis matrimonial.
- 2. La filiación extramatrimonial, los padres también cuando no conviven juntos.
- 3. En la filiación adoptiva a favor de otros parientes"⁴.

Derecho de Visitas del hijo extramatrimonial.

Para comprensión del hecho es necesario partir de una hipótesis, del hijo extramatrimonial tiene la potestad generalmente la madre, sin embargo, el padre puede a pesar de la ilegalidad conyugal tienen derecho a visitas con la finalidad de que el pequeño logre crecer en un ambiente un poco equilibrado y no experimente el abandono.

.

³ BADARACO DELGADO, Violeta Dra. "La mediación en el Régimen de Visitas". Biblioteca Jurídica. Quito-Ecuador. 2011. Pág. 91.

⁴ BADARACO DELGADO, Violeta Dra. Ob. Cit. Pág. 92.

Protagonismo del menor en el Derecho de Visitas.

En la relación con el protagonismo del menor se citan cuatro literales importantes en el derecho de visitas:

- a. "Posición jurídica del menor en la relación de visitas.
- b. Interés del menor en ese caso concreto.
- c. Quien y como se concreta el interés.
- d. Audiencia con el menor en la concreción de sus interese e indudablemente su voluntad en la relación con el interés."⁵.

Es trascendente señalar que el menor es el protagonista del derecho de visita porque se convierte en el destinatario y receptor del derecho que tiene de ser visitado, es decir, que aparece la parte humana aunque en ella se mezcla la relación jurídica, biológica o familiar. El menor también se transforma en el acreedor de la comunicación y relación personal del padre o madre que no tiene la custodia. En este aspecto hay que rescatar el protagonismo que tiene el menor como sujeto relacionante y se debe evitar convertirlo en un sujeto de intereses en juego.

La posición jurídica del menor en relación al derecho de visitas es muy parecida a la que el mismo ocupa en otras relaciones jurídicas de naturaleza personal o familiar de los que participa. En el derecho a comunicarse no es nunca la de un sujeto pasivo, pues el interés del menor delimita, define el contenido de aquellas relaciones personales y puede ser incluso la causa del

-

⁵ BADARACO DELGADO, Violeta Dra. Ob. Cit. Pág. 93.

principio y fin de las mismas visitas, porque nuestra legislación establece cuando pueden suspenderse o negarse las visitas al padre.

La Patria Potestad.- Patria potestad, es la relación paterno filial que tiene como objetivo primordial el deber de los padres de criar y educar a sus hijos.

Cabanellas define a la patria potestad como "El conjunto de derechos y deberes que el padre y, en su caso, a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados" 6

La patria potestad es una Institución jurídica que tiene su origen en la época Romana; según nuestro Código Civil vigente la patria potestad es "el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados", en concordancia con esta norma, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia señala que "La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la Ley"

En sentido más amplio, la patria potestad impone una relación de subordinación de los hijos no emancipados para con sus padres, quienes, tienen facultades de naturaleza patrimonial sobres los bienes de los hijos; así:

⁶ CABANELLAS, Guillermo, DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL, editorial Heliasta, SRI, Buenos Aires, 1993

⁷CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 283.

⁸ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 105

- a) El derecho de usufructo de los bienes de los hijos;
- b) La administración de los bienes;
- c) La potestad de representación judicial y extrajudicial o autorización para estos actos"9

Dentro de estos principios y reglas que impone la patria potestad respecto de los menores, hablamos de facultades primordiales entre ellos el derecho de los padres para administrar los bienes de sus hijos, así como el derecho de usufructo que no es otra cosa que el crédito económico y social que produce determinado bien inmueble; así mismo la autorización y representación en forma judicial y extrajudicial en actos públicos y privados de los menores así como la celebración de actos y contratos que contengan derechos y obligaciones hasta que los menores tengan la capacidad legal suficiente para ejercer por si solos el pleno ejercicio de sus derechos y garantías.

La patria potestad se concede observándose las siguientes reglas:

- "Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija.
- 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre,

-

⁹ ALBAN ESCOBAR Fernando, DERECHO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Fundación "Quito Sprint"

salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;

- 3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
- 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;
 - 5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,
- 6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales".

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral"¹⁰.

¹⁰ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 106

Al referirme a las causas existentes en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, respecto de la suspensión de la patria potestad tengo que manifestar que las mismas están enmarcadas en defensa de los derechos de los menores toda vez que se le establece a medida y en un grado de irresponsabilidad de los progenitores o de alguno de ellos a efecto de sustentar las garantías Constitucionales inherentes a los específicos de su edad, pues no puede ser posible que un progenitor que maltarte en forma física, psicológica, o sexual, a su hijo se le mantenga el privilegio de la patria potestad respecto del mismo peor aún aquel progenitor que induzca a una explotación sexual laboral o económica; así como el hecho de inducir a la mendicidad del menor, razones por las cuales concuerdo con el legislador que estas causas constituyan causales para la pérdida o suspensión de la patria potestad.

El ejercicio de la patria potestad se suspende o se pierde como una sanción o como una imposibilidad física de ejercerla, como sucede en los últimos tiempos debido a la emigración de los ecuatorianos.

La patria potestad se limita, pierde o suspende por decreto del Juez de la causa, después de oídos: los niños, niñas y adolescentes, los parientes, el Ministerio Publico y el Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

La patria potestad es limitada por orden judicial cuando lo aconseje el interés superior del menor.

Se suspende la patria potestad por las siguientes causas:

- 1. "Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses;
- Maltrato al hijo o hija, de una gravedad que, a juicio del Juez, no justifique la privación de la patria potestad con arreglo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 113;
- 3. Declaratoria judicial de interdicción del progenitor;
- 4. Privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada;
- Alcoholismo y dependencia de substancias estupefacientes o psicotrópicas, que pongan en peligro el desarrollo integral del hijo o hija;
 y,
- 6. Cuando se incite, cause o permita al menor ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral.

Una vez desaparecida la causa que motivó la suspensión, el padre o madre afectada podrá solicitar al Juez la restitución de la patria potestad.

Suspendida la patria potestad respecto de uno de los progenitores, la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo o hija un tutor"¹¹.

¹¹ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 112

De igual manera concuerdo radicalmente en el hecho de que una vez suspendida la patria potestad respecto de un progenitor la ejerza, el que se encuentre en plena capacidad moral para realizarlo, y en el supuesto caso de que ninguno de los progenitores se encuentre plenamente en capacidad de ejercer tal responsabilidad se designe un tutor al menor a efecto de que responda para el cuidado, desarrollo y el fiel cumplimiento de los derechos y garantías Constitucionales logrando siempre que se cumpla a cabalidad el desarrollo integral del mismo, por tales consideraciones el o los progenitores que incurran en causales de suspensión de la patria potestad.

Se pierde la patria potestad por los siguientes hechos:

- 1. "Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado, del hijo o hija;
- 2. Abuso sexual del hijo o hija;
- 3. Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija;
- 4. Interdicción por causa de demencia;
- Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses;
- Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y,
- 7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija.

Privado uno de los progenitores de la patria potestad, la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo no emancipado un tutor. A falta de los parientes llamados por ley para ejercer la tutela sea porque no existe o porque no pueden asumirla, el Juez declarará en la misma la resolución de privación, la adaptabilidad del niño, niña o adolescente.

Cuando las conductas descritas en este artículo constituyan delito de acción pública de instancia oficial, el Juez remitirá de oficio copia del expediente al Fiscal que corresponda para que inicie el proceso pena¹².

Dentro de estas causales de pérdida de la Patria Potestad tenemos en consideración que las siete causales que contempla el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, son los más destacables y concordantes con mi criterio ya que estoy totalmente de acuerdo con el Legislador respecto de que uno o los progenitores pierdan la Patria Potestad del menor cuando por ejemplo exista una falta de interés en mantener con el menor las relaciones parentales, padre-hijo; tanto en las relaciones personales y sociales y al referirnos en el caso de que una acción u omisión sea el resultado de un delito de acción pública el Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia está en plena potestad legal que de oficio remita el expediente al representante del ministerio público a efecto de que inicie la respectiva indagación previa y se llegue a comprobar los autores, cómplices y encubridores del delito efectuado.

_

¹² CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 113

El Código Civil en el Art. 306 señala de "El padre o la madre que llevaren una vida disoluta perderán la patria potestad" 13

Este artículo se refiere en que existen casos en que el padre o la madre del menor, y en algunos casos los dos progenitores llevaren una vida desordenada es decir con un potente peligro de los niños, en casos muy particulares cuando están inmersos en vicios como el alcoholismo y drogadicción lo cual significa que su estado de demencia no les permita ejercer ni en lo más mínimo el cuidado de los niños, para estos casos nuestro Legislador ha actuado de manera inteligente respecto de que nuestro ordenamiento civil también se prevé que esta constituya una causal más para la pérdida definitiva de la Patria Potestad.

La acción para solicitar: la limitación, suspensión o privación de libertad lo tienen:

- El padre o la madre que no se encuentre afectado por alguna de las causales que justifique dichas medidas;
- 2. Los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad;
- 3. La defensoría del pueblo, de oficio o a petición de parte:
- La junta cantonal de protección de derechos, de oficio o a petición de parte;
- Los representantes legales o directores de las entidades de atención en que se encuentra un niño, niña o adolescente.

_

¹³ CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, Art. 306

En la misma resolución que ordene la privación, suspensión o limitación de la patria potestad o limitación de la patria potestad, el Juez dispondrá una o más medidas de protección para el menor y sus progenitores, con el objeto de favorecer las circunstancias que justifiquen una posterior restitución de esta potestad.

"El Juez, a petición de parte, puede restituir la patria potestad en favor de uno o de ambos progenitores, según sea el caso, si existieren suficientes pruebas de que si han variado sustancialmente las circunstancias que motivaron su privación, limitación o suspensión.

Para ordenar la restitución, el Juez deberá oír previamente a quien solicitó la medida y en todo caso al hijo o hija de acuerdo a su desarrollo evolutivo"¹⁴.

El progenitor que se encuentre en mora en el pago de la prestación de alimentos no podrá solicitar que se le entregue la patria potestad del hijo o hija beneficiario.

La Tenencia como Institución Jurídica.- La tenencia es una Institución jurídica contemplada en nuestra Legislación mediante la cual se faculta al padre o madre a reclamar a sus hijos o hijas menores de edad, con la finalidad de brindarles un mejor desarrollo integral para su pleno desempeño como integrantes de la sociedad, haciéndose extensivo a sus familiares más cercanos siempre y cuando se colija legalmente que los niños, niñas y

¹⁴ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 117

adolescentes en la situación actual están siendo descuidados o corre peligro su integridad física, emocional y psicológica.

Para el tratadista Guillermo Cabanellas, tenencia significa: "La mera posición de una cosa; su ocupación corporal y actual" 15

En cambio el autor Néstor Rómbola define a la tenencia de la siguiente manera; "La ocupación y posesión actual y corporal de alguna cosa. Desde el punto de vista del derecho real, el mero tenedor es quien tiene derecho al uso y goce de la cosa pero reconociendo el derecho de propiedad o posesión ajena del bien, de modo que puede ocuparlo pero siempre respetando los derechos reales de quien le ha conferido la tenencia, como por ejemplo el locatario o el comodatario" 16.

Es decir, la simple tenencia de las cosas por voluntad del poseedor o del simple tenedor, solo se adquiere por la tradición, bastando la entrega de la cosa sin necesidad de formalidad alguna. Cuando alguno por si o por otro se hallase en la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre alguna cosa, pero solo con la intención de poseer en nombre de otro, será también simple tenedor de la cosa.

En lo que concierne a la tenencia de los hijos la situación planteada entre los progenitores en relación con su descendencia, y específicamente en relación con sus hijos menores de edad, suele tener lugar ante situaciones de

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental.- Editorial Heliasta S.R.L. Undécima edición. Buenos Aires – Argentina. 1993. Pág. 379.
 POMBOLA México Perío y BELDOLGAS de la companya del companya de la companya del companya de la companya del companya de la companya del companya de la companya del companya del companya del companya de la companya del companya de la companya de la companya del companya

ROMBOLA, Néstor Darío y REIBOIRAS, Lucio Martin.- Diccionario RUY DIAZ de Ciencias Jurídicas y Sociales. Editorial Ruy Díaz. Impreso por Printer Colombiana. S.A. Bogotá – Colombia 2005. Pág.- 897

divorcio, separaciones de hecho, no casados en posición de habitar en distintas moradas o ante la nulidad del matrimonio. Lo que se debe resolver es a quién corresponde entregar los hijos menores de edad en estas situaciones. Ello conlleva la necesidad de acordar un régimen de visitas a favor del progenitor que no detenta la tenencia. Suele utilizarse el criterio de que no existiendo causas graves, los hijos menores de cinco años permanecen a cargo de su madre y pasada dicha edad, a cargo del cónyuge que resultare inocente. A todo ello hay que agregar que los jueces deben determinar el régimen que consideren más convenientes para los hijos en cuestión, para lo cual si lo consideran indispensable y ante la culpabilidad o dudosa aptitud por parte de ambos cónyuges, hasta pueden optar por otorgar la tenencia a una tercera persona.

El tratadista Fermín Chunga define a la tenencia como "la situación por la cual los niños, niñas y adolescentes, se encuentran transitoriamente en poder de quienes no son sus padres, tutores o guardadores" ¹⁷.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia señala que: "Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del Artículo 106"18.

CHUNGA Fermín. Diccionario Jurídico Elemental.
 CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Art. 118

La designación familiar de los últimos años causada por la migración de los padres al extranjero ha ocasionado la destrucción de muchos hogares y por consiguiente la inestabilidad de los niños, niñas y adolescentes; pues, los padres o familiares cercanos se disputan la tenencia de estos; frente a este problema los Jueces no cuentan con las herramientas legales necesarias que les permitan una adecuada aplicación de la Justicia a favor de los niños, niñas y adolescentes, por cuanto, no existe en la Ley de la materia un procedimiento ágil que le permita al Juez decidir con eficacia y oportunidad sobre la tenencia de los niños, niñas y adolescentes; además el riguroso sistema legal de extranjería adoptado sobre todo por los Gobiernos Europeos para la reagrupación familiar obliga a que el sistema legal ecuatoriano tenga celeridad y oportunidad, pues, al demorar el trámite de la tenencia previa a la salida del país de los niños, niñas y adolescentes se atropellan sus derechos de educación, bienestar y desarrollo integral al lado de sus familiares y se violenta el principio de unidad familiar.

En general, cuando existe descuido, negligencia, protección ineficiente o cualquier tipo de irregularidad física o legal dentro del círculo familiar que rodea a los niños, niñas y adolescentes, se da la necesidad de desplazar la responsabilidad de los progenitores, inhabilitados, fallecidos, irresponsables y ausentes por la emigración a otras personas que deben cumplir con dicha obligación previa resolución judicial y con la protección del Estado.

La enciclopedia Jurídica Omeba señala: "Tenencia provisoria. En el caso de divorcio hay que distinguir dos situaciones: la tenencia provisoria, que es la

que se otorga durante la sustanciación del juicio, y la definitiva, que es la que se asigna una vez que el divorcio ha sido decretado. Tenencia definitiva... A pesar de su denominación de "definitiva" – por oposición a la "provisoria", que se otorga durante el curso del juicio – la tenencia de los hijos menores concedida en la sentencia de divorcio no es inmutable: solo se mantiene mientras subsisten las condiciones que la motivaron. Pero supone cierta estabilidad, es modificable solamente cuando mediaren causas de verdadera importancia, pues los hijos no pueden estar pasando continuamente de la dependencia de un cónyuge a la del otro por motivos pequeños o triviales, inestabilidad engendraría consecuencias porque esta nocivas. especialmente en cuanto a su educación, sentimientos y el manejo de sus bienes"19

La tenencia es una institución regulada por el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, en forma inadecuada e ineficiente, pues carece de un procedimiento especial que permita al juzgador, tomar una decisión que cumpla con el fin social que es: proteger y procurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

La Constitución de la República del Ecuador establece "El Estado, la Sociedad y la Familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y aseguraran el ejercicio pleno de sus

¹⁹ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo XXVI Tasa – Zona – Editores Libretos. Lavalle 1328.- Buenos Aires – Argentina. Pág. 39.

derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas²⁰

Las normas constitucionales también prescriben las garantías y derechos a la vida desde su concepción, a la integridad física y psíquica; a su identidad, a su nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a su libertad de expresión y asociación, de conformidad con la ley.

_

²⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008. Art. 44.

7. METODOLOGÍA.

7.1. Métodos

En el proceso de investigación socio-jurídico se aplicará el método científico, entendido como camino a seguir para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada. Es válida la concreción del método científico hipotético-deductivo para señalar el camino a seguir en la investigación socio-jurídica propuesta; pues, partiendo de las hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, se procederá al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación, para luego verificar si se cumplen las conjeturas que subyacen en el contexto de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El método científico, aplicado a las ciencias jurídicas, implica que determinemos el tipo de investigación jurídica que queremos realizar; en el presente caso me propongo realizar una investigación socio-jurídica, que se concreta en una investigación del Derecho, tanto con sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico; esto es, relativo al efecto social que cumple la norma o a la carencia de ésta en determinadas relaciones sociales o interindividuales. De modo concreto procurare establecer la falta de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes por parte de los organismos competentes, y lo efectos emocionales que generan los tenedores al maltratar a los menores de edad,

lo cual me servirá para fundamentar una reforma al Código de la Niñez y la Adolescencia.

7. 2. Procedimientos y Técnicas

Serán los procedimientos de observación, análisis y síntesis los que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental; y, de técnicas de acopio empírico, como la encuesta y la entrevista. El estudio de casos judiciales reforzará la búsqueda de la verdad objetiva sobre la problemática.

La investigación de campo se concretará a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para las encuestas y cinco personas para las entrevistas; en ambas técnicas se plantearán cuestionarios derivados de la hipótesis.

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

7. 3. Esquema Provisional del Informe

El informe final de la investigación socio-jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 151 del Reglamento de Régimen Académico,

que establece: Resumen en Castellano y Traducido al inglés; Introducción; Revisión de Literatura; Materiales y Métodos; Resultados; Conclusiones; Recomendaciones; Bibliografía; y, Anexos.

Sin perjuicio de dicho esquema, es necesario que este acápite de metodología, se establezca un esquema provisional para el Informe Final de la investigación socio-jurídica propuesta, siguiendo la siguiente lógica:

✓ Acopio Teórico;

- Marco Conceptual; Derecho de familia, matrimonio, divorcio, patria potestad, tenencia, régimen de visitas, interés superior del menor de edad.
- b) Marco Jurídico- Constitucional, Civil y de Menores y derecho comparado.
- c) Criterios Doctrinarios; Consulta de autores nacionales y extranjeros.

✓ Acopio Empírico;

- a) Presentación y análisis de los resultados de las encuestas,
- b) Presentación y análisis de los resultados de las entrevistas.

✓ Síntesis de la Investigación Jurídica;

- a) Indicadores de verificación de los objetivos,
- b) Contrastación de las hipótesis,
- c) Concreción de fundamentos jurídicos para la propuesta de reforma.

- d) Deducción de conclusiones,
- e) Planteamiento de recomendaciones o sugerencias, entre las que estará la propuesta de reforma legal en relación al problema materia de la tesis.

8. **CRONOGRAMA.**

	2014																			
MESES	Junio				Julio				Agosto			Septiembre				•	Octubre			
Y	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
SEMANAS ACTIVIDADES																				
Selección y																				
Definición del	х																			
Problema Objeto																				
de Estudio																				
Elaboración del																				
Proyecto de		х																		
Investigación y																				
Aplicación																				
Investigación			х																	
Bibliográfica																				
Investigación de					Χ															
Campo																				
Confrontación de																				
los Resultados de												x								
la Investigación												^								
con los Objetivos e																				
Hipótesis																				
Conclusiones,																				
Recomendaciones															Х					
y Propuesta																				
Jurídica																				
Redacción del																				
Informe Final,																		х		
revisión y																				
corrección																				
Presentación y																				
Socialización de																				
los Informes																				Х
Finales																				
(tesis)																				

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

9.1.- Recursos Humanos:

• **Director de Tesis:** Ab. PhD. Galo Blacio Aguirre.

• Entrevistados: 05 profesionales conocedores de la problemática.

• **Encuestados**: 30 personas seleccionadas por muestreo

• Proponente del Proyecto: Martha Beatriz Olaya Montoya

9.2.- Recursos Materiales

	Valor USD.
Material de oficina	\$ 200
Bibliografía especializada (Libros, revistas, etc.)	\$ 200
Elaboración del Proyecto	\$ 300
Reproducción de los ejemplares del borrador	\$ 300
Elaboración y reproducción de la tesis de grado	\$ 300
Gastos Varios	\$ 500
Total	\$ 1.800.00

9.3.-Financiamiento:

El presupuesto de los gastos que ocasionará la presente investigación, asciende a MIL OCHOCIENTOS DOLARES AMERICANOS, los que serán cancelados con recursos propios de la postulante.

10. **BIBLIOGRAFÍA.**

- 1. ALBÁN Fernando. "Derecho de la Niñez y la Adolescencia". Quito Ecuador.
- BADARACO DELGADO; Violeta. "La mediación en el Régimen de Visitas".
 Biblioteca Jurídica. 2011. Quito Ecuador.
- BELLUSCIO C. Augusto. "Derecho de Familia" Buenos Aires Argentina 1979.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental.- Editorial Heliasta S.R.L. Undécima edición. Buenos Aires – Argentina. 1993.
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de CÓDIGO CIVIL. ECUATORIANO.- Corporación de Estudios y Publicaciones. Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2008.
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2014.
- 7. WIKIPEDIA. La Enciclopedia Libre. "La Integridad".
- 8. DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Madrid- España. 2001
- LARREA HOLGUÍN, Juan. "La Mujer en el Derecho Civil Actual"
 Guayaquil Ecuador 1999.
- JIMENEZ de Vega Mercedes Dra. "La Familia en los instrumentos Internacionales". Documento obtenido en la Red Informática.
- 11. ORBE, Héctor F. Derecho de Menores. Quito Ecuador. 1995.

- ORTIZ, Santiago, Protección Especial y Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Marco Conceptual para la Definición de Políticas de Protección Especial. INFA y UNICEF.
- ROMBOLA, Néstor Darío y REIBOIRAS, Lucio Martín.- Diccionario
 RUY DIAZ de Ciencias Jurídicas y Sociales. Editorial Ruy Díaz.
 Impreso por Printer Colombiana. S.A. Bogotá Colombia 2005.
- TORRES CHAVEZ, Efraín. "Breves Comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia" Quito – Ecuador 2003.

INDICE

Por	tada	i
Cer	tificación	ii
Aut	oría	iii
Car	ta de Autorización	iv
Dec	dicatoria	V
Agr	adecimiento	vi
Tab	ola de contenidos	vii
1.	Titulo	1
2.	Resumen	2
2.1.	Abstract	4
3.	Introducción	6
4.	REVISIÓN DE LITERATURA	9
4.1.	Marco Conceptual	9
4.2	Marco Doctrinario	27
4.3	Marco Jurídico	44
4.4	Legislación Comparada	54
5.	Materiales y Técnicas	61
5.1.	Materiales utilizados	61
5.2	Métodos	62
5.3	Técnicas y Procedimientos	63
6.	Resultados	65
6.1	Resultados de Encuestas	65
6.2	Resultados de la Entrevista	73
7.	Discusión	86
7.1.	Verificación de objetivos	86
7.2	Contrastación de Hipótesis	88
7.3	Fundamentación Jurídica	89
8.	Conclusiones	92
9.	Recomendaciones	93
9.1.	Propuesta de Reforma Legal	94

10.	Bibliografía	97
11.	Anexos	103
ĺndi	ice	141