



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

TITULO:

**“SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LA PATRIA POTESTAD
POR RETENCIÓN INDEBIDA DEL HIJO O HIJA AL
OBSTACULIZAR EL RÉGIMEN DE VISITAS CONFORME AL
ART. 125 Y 112 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y
ADOLESCENCIA.”**

Tesis previa a optar por el título
de Abogada.

AUTORA

Jakeline Salome Arevalo Franco

DIRECTOR:

Dr. Shandry Armijos Fierro, Mg. Sc.

Loja – Ecuador

2015

CERTIFICACIÓN

Dr. Mg. Sc. Shandry Armijos Fierro

CATEDRÁTICO DE LA CARRERA DE DEERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Haber revisado la presente tesis para la obtención del título de Abogada, realizada por la postulante Jakeline Salomé Arévalo Franco, con el título: **"SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LA PATRIA POTESTAD POR RETENCIÓN INDEBIDA DEL HIJO O HIJA AL OBSTACULIZAR EL RÉGIMEN DE VISITAS CONFORME AL ART. 125 Y 112 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA"**, la cual ha sido desarrollada bajo mi dirección, cumpliendo al momento con todos los requisitos de fondo y forma establecidos por el respectivo Reglamento de la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación, para la defensa y sustentación ante el tribunal correspondiente.

Loja, Marzo del 2015


.....
Dr. Shandry Armijos Fierro, Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA

Yo, **JAKELINE SALOMÉ ARÉVALO FRANCO**, declaro ser la autora del presente trabajo de tesis, 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: Jakeline Salomé Arévalo Franco

Firma: 

Nro .Cedula: 1104451404

Fecha:

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

Yo, Jakeline Salomé Arévalo Franco, declaro ser la autora de la tesis titulada "SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LA PATRIA POTESTAD POR RETENCIÓN INDEBIDA DEL HIJO O HIJA AL OBSTACULIZAR EL RÉGIMEN DE VISITAS CONFORME AL ART. 125 Y 112 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA", Como requisito para optar al Grado de: **Abogada**: Autorizo al sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repertorio 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, al día 24 del mes julio del año 2015, firma el autor.

FIRMA: 

CÉDULA: 1104451404

DIRECCION: Nueva Granada

CORREO ELECTRÓNICO: salome_kboom16@hotmail.com

TELÉFONO: 09895415179

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Shandry Vinicio Armijos Fierro, Mg. Sc.

TRIBUNAL DE GRADO:

PRESIDENTE: Dr. Fransinl Alcívar Castillo Prado, Mg. Sc.

VOCAL: Dr. Luis Aníbal Torres Jiménez, Mg. Sc.

VOCAL: Dr. Sebastián Rodrigo Díaz Páez, Mg. Sc.

DEDICATORIA

Mi presente gratitud a mi madre y a mi hermano, por su valioso apoyo incondicional y moral, en mi formación profesional, motivo y razón fundamental de mi existencia, y poder culminar el presente trabajo.

La Autora

AGRADECIMIENTO

Dejo constancia de mi más inmensa gratitud, a esta noble Institución como es la Universidad Nacional de Loja, y en especial al Área Jurídica Social y Administrativa “Carrera de Derecho” en la persona de sus excelentísimas autoridades. De igual manera expreso mi gratitud a todos los catedráticos que han participado en mi formación académica profesional y de manera especial al Dr. Shandry Armijos Fierro, Mg. Sc., notable catedrático, que con mística y dedicación dirigiera el presente trabajo de investigación.

La Autora

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. CONCEPTO ENTRE RÉGIMEN Y VISITA

4.1.2 SUSPENSIÓN PROVISIONAL

4.1.3 LA PATRIA POTESTAD

4.1.3.1 CONCEPTO

4.1.3.2 PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

4.1.3.3. CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD

4.1.4 RETENCIÓN INDEVIDA

4.1.5 RÉGIMEN DE VISITAS

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 TENENCIA DE LOS HIJOS

4.2.2 CLASES DE TENENCIA

4.2.2.1 TENENCIA PROVISIONAL

4.2.2.2 TENENCIA DE HECHO

4.2.2.3 MANIPULACIÓN DE LOS HIJOS POR PARTE DEL PROGENITOR
QUE TIENE LA CUSTODIA

4.2.3 CUANDO EMPIEZA UNA MANIPULACIÓN

4.2.4 LA MANIPULACIÓN ES UN MALTRATO

- 4.2.5 GUARDA Y CUSTODIA
- 4.2.6 COMUNICACIÓN ADECUADA Y REGULACIÓN ENTRE PADRES E HIJOS
- 4.2.7 ANÁLISIS DOCTRINARIO EN RELACIÓN A NUESTRA LEGISLACIÓN ECUATORIANA
- 4.2.8 ADECUADO RÉGIMEN DE VISITAS
- 4.2.9 EFECTOS DE LA SEPARACIÓN CONYUGAL
- 4.2.10 RECHAZO HACIA EL PROGENITOR AUSENTE
- 4.2.11 IMPORTANCIA DE LA INCLUSIÓN DEL PROGENITOR AUSENTE
- 4.2.12 CLASES DE RÉGIMEN DE VISITAS CON LOS HIJOS
- 4.2.13 FUNDAMENTO DEL DERECHO DE VISITAS
 - 4.2.13.1 FUNDAMENTO EN EL PARENTESCO
 - 4.2.13.2 FUNDAMENTO EN LA RELACIÓN AFECTIVA
- 4.2.14 PERJUICIO AL OTRO PROGENITOR POR OBSTACULIZAR LAS VISITAS

4.3 MARCO JURÍDICO

- 4.3.1. ANÁLISIS CON RESPECTO A LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.
- 4.3.2 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
- 4.3.3 LEY REFORMATORIA AL TÍTULO V, LIBRO II DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

4.4. ESTUDIO DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA

- 4.4.1. LEGISLACIÓN COLOMBIANA
- 4.4.2 LEGISLACIÓN COSTA RICA

5. MATERIALES Y MÉTODOS

- 5.1. MATERIALES
- 5.2. MÉTODOS
 - 5.2.1. MÉTODO CIENTÍFICO
 - 5.2.2. EL MÉTODO SINTÉTICO
 - 5.2.3. MÉTODO INDUCTIVO- DEDUCTIVO

6. RESULTADOS

- 6.1. RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE LAS ENCUESTAS

6.2. RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE LAS ENTREVISTAS

7. DISCUSIÓN

7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

7.1.1. OBJETIVO GENERAL

7.1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

7.2. CONTRASTACION DE HIPÓTESIS

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA QUE SUSTENTA LA PROPUESTA DE REFORMA

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

INDICE

1. TÍTULO:

“SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LA PATRIA POTESTAD POR
RETENCIÓN INDEBIDA DEL HIJO O HIJA AL OBSTACULIZAR EL
RÉGIMEN DE VISITAS CONFORME AL ART. 125 Y 112 DEL CÓDIGO DE
LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”

2. RESUMEN

Ser buen padre o buena madre es una tarea difícil. Es un trabajo diario que nunca termina. Es sorprendente comprobar que en nuestra sociedad existe una sutil, pero cierta, exigencia que consiste en que, por el hecho de crearse un nuevo grupo familiar, sus miembros están obligados socialmente a criar a sus hijos de una manera "sana y exitosa pero eso no siempre suele ocurrir, cuando esto ocurre con ambos miembros o con los familiares cercanos, decimos que se ha creado una familia disfuncional, es decir una familia ineficiente, problemática, que no funcionará bien, porque no sustenta, no escucha, no incentiva, critica y manipula y por lo tanto: una familia que no realizará sus objetivos tiene a tener problemas conyugales y por ende llegan hasta el punto de divorciarse o dar por terminado la unión de hecho legalmente establecida para lo cual es necesario resolver la tenencia de los hijos al momento de dicha separación dando por resultado que el que tiene la custodia tiende al alejamiento y ausencia hacia el progenitor que no tiene la custodia, es por esta razón que se hace necesario de que debe incorporarse de manera urgente un anteproyecto reformativa al Código de la Niñez y Adolescencia, para garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, esto que se garantice una debida facilidad para el régimen de visitas. Es por esta razón, que existe la necesidad imperiosa de proponer un anteproyecto de ley reformativa al Código de la Niñez y Adolescencia, donde se pueda sancionar al progenitor/a que no deje ver a los hijos, ya que los únicos afectados son los hijos.

De lo cual he comprobado tanto científica como empírica en el desarrollo de la revisión literaria, donde describo temas como la retención indebida, el régimen de visitas, la manipulación de los hijos por parte del progenitor que tiene la custodia, la manipulación es un maltrato etc. Temas que me han servido de base para sustenta que el problema investigado se da en nuestro medio. La idea de defender la investigación la sustentó en base a la investigación tanto empírica como científica, en la base a las encuestas aplicada a los profesionales del derecho y en la segunda en base a temas que han corroborado la problemática existente lo cual me ha sido favorable en su totalidad. Es por ello que resulta una necesidad imperiosa un anteproyecto reformativa al Código de la Niñez y Adolescencia, al régimen de visitas conforme al art. 125 y 112 del código de la niñez y adolescencia, para garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, esto que se garantice una debida facilidad para el régimen de visitas, donde impere la justicia y no se vulnere los derechos de los hijos/as.

2.1. ABSTRACT

To be good father or good mother is a difficult task. It is a daily work that never finishes. It is surprising to check that in our society a subtle one, but certain, demand that consists exists in that, for the fact of being created a family new group, their members are forced socially to raise their children in a "healthy and successful way but that doesn't usually happen always, when this happens with both members or with the near relatives, we say that a family disfuncional has been created, that is to say an inefficient, problematic family that won't work well, because it doesn't sustain, he/she doesn't listen, it doesn't motivate, it criticizes and it manipulates and therefore: a family that he/she won't carry out its objectives has to have married problems and for ende they arrive until the point of to get divorced or to give had finished the union in fact legally established for that which is necessary to solve the holding from the children to the moment of this separation giving for result that the one that has the custody spreads to the estrangement and absence toward the progenitor that doesn't have the custody, it is for this reason that becomes necessary that he/she should incorporate in an urgent way a reformatory preliminary design to the Code of the Childhood and Adolescence, to guarantee the execution of the rights of the children, girls and adolescents, this that a due easiness is guaranteed for and régime of visits. It is for this reason that the imperious necessity exists of proposing a preliminary design of reformatory law to the Code of the Childhood and Adolescence, where you can sanction to the progenitor / to that doesn't let the children see, since the only ones affected they are the children.

Of that which I have checked so much scientific as empiric in the development of the literary revision, where I describe topics like the undue retention, the régime of visits, the manipulation of the children on the part of the progenitor that has the custody, the manipulation is an abuse etc. you Fear that they have served me as base for it sustains that the investigated problem is given in our mean. The idea of defending the investigation the sustenance based on the investigation so much empiric as scientific, in the base to the surveys applied the professionals of the right and in second o'clock based on topics that they have corroborated the existent problem that which has been favorable in their entirety. It is hence that it is an imperious necessity a reformatory preliminary design to the Code of the Childhood and Adolescence, to the régime of visits according to the art. 125 and 112 of the code of the childhood and adolescence, to guarantee the execution of the rights of the children, girls and adolescents, this that a due easiness is guaranteed for the régime of visits, where the justice reigns and it is not harmed the rights of the children / ace.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo está orientado a un aspecto trascendental de la realidad jurídica en el ámbito familiar al considerar a los hijos que no se encuentran viviendo con sus dos progenitores, y que se encuentran con un solo progenitor o pariente, ellos se da cuando dentro de un hogar existe conflictos de pareja donde producto de ello recaen en separaciones, donde los principales perjudicados de estos alejamientos de los padres son los hijos, dejando una gran vacío y ausencia de uno en ellos así como también en una parte de ellos.

Cuando nos referimos a las relaciones paterno-filiales dentro de lo que es la estructura familiar, se coincidirá en que los encargados de velar por la funcionalidad de la familia son los progenitores como titulares de la patria potestad, y que ejercen dicha titularidad como función dual en igualdad de condiciones sobre los hijos habidos en el matrimonio o en la relación de pareja. Pero, ¿Qué ocurre cuando la estructura familiar se vuelve disfuncional, o mejor dicho cuando los progenitores deciden mutua o unilateralmente dejar de convivir bajo el mismo lecho? lo que es cierto y no merece controversia alguna es el tema de la titularidad de la patria potestad, independientemente de la relación que exista entre los cónyuges o en la pareja son progenitores, y como tal no pueden renunciar a esa condición. El problema se presenta en el momento de dilucidar el ejercicio de la patria potestad. En ese marco, nos encontramos con el siguiente dilema ¿Debe existir una atribución unilateral, o tiene que mantenerse a favor de ambos progenitores? En el caso de optar por la última variante surge otra

interrogante ¿Cómo se puede preservar el ejercicio dual cuando padre y madre ya no viven juntos? Esto nos muestra que la patria potestad como función dual en situaciones de crisis matrimonial o de la pareja parece sufrir un resquebrajamiento al atribuir la guarda y custodia de los hijos a uno de los progenitores. A nuestro parecer, la formación de familias monoparentales en todas las situaciones de crisis familiares, no contribuye al fortalecimiento o mantenimiento de las relaciones paterno-filiales, sino que progresivamente propicia que los vínculos afectivos desaparezcan, factor que muchas veces se encuentra acompañado de una insatisfacción en el plano material de manera acertada, en la ruptura de la familia, la suerte de los hijos es una de las cuestiones más graves que se plantean, es necesario que sufran lo menos posible por la desaparición de su hogar, las causas que provocan conflictos durante la convivencia de la pareja y que dan lugar a la ruptura del matrimonio, no deben repercutir en los deberes que tienen los progenitores para con sus hijos, puesto que éstos no son parte en términos contractuales de dicha relación así, el problema que crearon los padres tiene que ser resuelto por ellos, sin inmiscuir de por medio a los hijos, o al menos no utilizarlos como instrumento de defensa o comodín para resolver sus diferencias personales.

Por este motivo, creemos que los progenitores deben ser conscientes de ello y dejar de lado sus intereses que no sólo afectan a la otra parte, sino principalmente a sus descendientes directos que se convierten, en ocasiones, en víctimas de la situación.

Hay autores que sostienen que con la aplicación de esta modalidad de custodia se eliminaría el criterio discriminador de catalogar a los progenitores como vencedor y visitador, con referencia a la posición que ocupan en lo que respecta a la custodia de los hijos no obstante, se tiene que reconocer la existencia de diferentes supuestos en los que la custodia compartida no es concebible por el perjuicio y dificultades que conlleva su aplicación. Por su parte, hay quienes opinan que la custodia compartida no satisface el interés del menor si se prescinde de todos los factores que implican su aplicación, llámese predisposición de los progenitores y condiciones materiales entre otros se puede evidenciar así, que no existe un criterio uniforme sobre la utilidad e implementación de la custodia compartida, en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho. Pero ¿Qué ocurre jurídicamente cuando un progenitor en se niega dejar ver a su hijo/s al otro progenitor? En los casos de ruptura familiar de la pareja, es de suponer que los progenitores generalmente presentan serias desavenencias en lo que respecta a su relación sentimental, Si se espera que los cónyuges mantengan una relación cordial lo lógico es que no exista crisis en el hogar, se requiere un alto componente de madurez, cambio de actitud y desprendimiento por parte de ambos progenitores, para que impere al menos la tolerancia entre ellos y razonen no sólo en su interés sino en el de los menores.

No tengo el propósito de que se favorezca a uno u otro progenitor con la regulación de la custodia compartida, sino de que se beneficie a ambos y se precautele ante todo el interés del menor en el marco de las relaciones paterno-filiales. Se debe dejar de lado el enfoque de igual manera, existe

una resistencia al régimen de la custodia compartida, puesto que se encauza su aplicación a partir de la conceptualización de la mujer vs. hombre, cuando debe analizarse su implementación a partir de la concepción de la persona como tal, sin condicionamientos apriorísticos, concebida a partir del criterio de igualdad que tiene que existir entre progenitores, independientemente si es padre o madre, únicamente así, se estimará correctamente la utilidad de dicha modalidad de custodia.

En el presente trabajo se aborda el espinoso y complejo tema de los impedimentos de contacto de los hijos menores con el progenitor no conviviente que se están dando en un divorcio destructivo o en el contexto de una disputa por la tenencia de un hijo.

Esto genera conductas destructivas por las cuales es difícil mantener la objetividad con respecto a la visión del progenitor que se convierte en la contraparte de la contienda. De esta pérdida de objetividad, quienes resultan víctimas, inevitablemente, son los hijos.

A este respecto, se ha definido como un proceso de exclusión, por el cual un progenitor, en forma abierta o encubierta, habla o actúa de una manera descalificante o destructiva o acerca del otro progenitor, durante o subsecuentemente a un proceso de divorcio, en un intento de alejar alienar o indisponer al hijo o los hijos contra este otro progenitor. Estas conductas, que llevan a cabo ambas partes, se manifiestan a través de obstrucciones al régimen de visitas del progenitor no conviviente, y generalmente se fundan en el argumento de proteger al hijo del mismo, desconociendo los efectos

deteriorantes que este tipo de acciones genera sobre la identidad de los niños.

En muchos casos el intento de bloquear el acceso de un progenitor al hijo está basado en hechos reales e importantes, a veces uno de los progenitores daña a sus hijos, los maltrata física o psíquicamente o se comporta con grave negligencia a su respecto, poniéndolos en riesgo, y lo más perjudicial es poniéndolo en contra del otro progenitor que no tiene la custodia.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 CONCEPTO ENTRE REGIMEN Y VISITA

Según el Diccionario de la Real Academia Española nos habla lo que es régimen y la visita es así que podemos manifestar que la palabra régimen es el *“conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad.”*¹ Mientras que visitar se lo define como *“ir a ver a uno en su casa por cortesía, atención, amistad o cualquier otro motivo.”*²

Estas definiciones nos dan un punto de partida interesante e ilustrativa de lo que pretende ésta presente investigación, lo cual aborda desde la perspectiva de la protección jurídica ante la obstaculización del derecho de visitas. Es así que el régimen de visitas debe partir con el propósito de proporcionar contacto entre el padre o madre que no cohabita con su hijo a raíz de una situación de crisis en la pareja pretendiendo que se produzca un desarrollo integral de la personalidad del menor sin carencias afectivas. Por lo tanto es importante la colaboración de ambos progenitores con el objeto que la situación sea lo más llevadera posible para todos los actores implicados, facilitando el contacto del progenitor que no tiene la custodia con su hijo, y de esta manera estaríamos evitándonos situaciones molestas que sin duda agravaran más aún la situación.

¹ Diccionario de la Lengua Española (DRAE). Edición 22.ª, Publicada en 2001 Pág. 246

² Ob cit. (1) Pág. 320

4.1.2 SUSPENSIÓN PROVISIONAL

“Etimológicamente la palabra suspensión deriva del latín suspensio, suspensionis, que es la acción y efecto de suspender. A su vez, el verbo “suspender”, del latín suspendere, en una de sus acepciones significa: (detener o diferir por algún tiempo una acción u obra). Aplicada al ámbito del juicio de amparo, la suspensión es la determinación judicial por la que se ordena detener temporalmente la realización del acto reclamado mientras se resuelve la cuestión constitucional planteada; por tanto, tal determinación tiene como objeto paralizar o impedir la actividad que desarrolla o está por desarrollar la autoridad responsable y constituye una medida precautoria que la parte quejosa solicita con el fin de que el daño o los perjuicios que pudiera causarle la ejecución del acto que reclama no se realicen...”³

En lo referente a esta temática podemos manifestar que la suspensión provisional es la acción por el cual se deja sin efecto un acto jurídico, es decir de manera momentánea una acción reclamada, con la finalidad de resolver el tema que se encuentra lesionado, y que por lo tanto tiene como objeto paralizar o impedir el derecho que se le ha sido otorgado y que por cuestiones de egoísmo o que por el simple hecho de causar daño a la otra persona no se le presta las facilidades del cual fuere el caso.

³ ARRACHE M. José Gerardo. La institución de la suspensión en el juicio constitucional de amparo. Editorial Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VI, diciembre de 1997 Pág. 20

4.1.3. LA PATRIA POTESTAD

4.1.3.1 CONCEPTO

“La patria potestad es considerado como el conjunto de derechos y obligaciones que la ley otorga a los padres sobre aquellos hijos menores no emancipados o que se encuentren incapacitados, su objetivo es tutelar el sostenimiento y educación de los hijos. La patria potestad es ejercida por el padre y la madre y ambos tienen derechos iguales para ese ejercicio; más esto no significa que siempre deban ejercitarla solidaria y mancomunadamente; de modo que si falta de hecho uno de los dos, el que quede está capacitado para ejercer la patria potestad. La patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones naturales paterno filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él. Los efectos que produce la patria potestad sobre los hijos pueden distinguirse en dos relaciones: con las personas y con los bienes.

Respecto a las personas que la ejercen; la obligación de brindar educación al menor corresponde a las personas que le tienen bajo su patria potestad. Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir a sus hijos de manera moderada su comportamiento a que hace referencia las legislaciones significa que en ningún caso está autorizada de manera violenta ya sea de forma física o psicológica, también nace la obligación de dar alimento a los hijos sometidos a la patria potestad. Con relación a los

*bienes los efectos de la patria potestad son de administración y usufructo, los bienes del menor mientras este bajo la patria potestad son de dos clases, los que adquiriera con su trabajo y los que adquiriera por cualquier otro título; los de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.*⁴

Podemos decir entonces que la patria potestad son los deberes y derechos en relación con los hijos, a efectos prácticos, sería la capacidad de decidir sobre ellos y representarlos a ellos y a sus bienes. Normalmente, a excepción de malos tratos o similares, la patria potestad será siempre compartida entre los cónyuges la patria potestad es una institución del derecho de familia que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de éstos y la realización de aquéllos. Este concepto pretende abarcar no sólo los derechos-deberes de los padres e hijos, sino también el fin que persigue la institución, el mismo que debe verse en sus dos dimensiones, la de los padres que encuentran su realización a través del desarrollo de sus hijos, y por cierto también de los hijos que al recibir apoyo, amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida, posibilita un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones óptima.

“La patria potestad proviene del (latín patria potestas) es un término jurídico que consiste en el poder de los padres o ascendientes sobre sus hijos descendientes, antiguamente la patria potestad se entendía como una

⁴ ROBLES, Ortega Juan Pablo. “La Patria Potestad y la Tutela” definicionlegal.blogspot.com.

facultad concedida al padre en beneficio exclusivo de la familia y de los hijos sometidos a él, a quienes debía protección. El origen del término nos remite al derecho romano. Existía, en la Roma antigua, un poder absoluto e indefinido exclusivo del padre (paterfamiliae) sobre los hijos, la misma que correspondía al padre de familia o pater familias, cabeza de la misma e investido con potestad sobre otras personas. La facultad podía corresponder no sólo al padre, sino en casos al abuelo. La Institución de la Patria potestad es base fundamental del Derecho de familia del sistema jurídico de Roma. El término denotaba el conglomerado de derechos y poderes peculiares que, bajo el sistema civil de Roma, correspondía a la cabeza de una familia, con respecto a su mujer (cónyuge), e hijos, engendrados por él, o adoptados, y cualesquiera otros descendientes más lejanos o remotos, que lo fueran a su vez de su descendencia masculina solamente, según el Black's Law Dictionary

Los caracteres más destacables en esta figura son:

- *Supone una manifestación de la función tutelar a favor de los hijos y no en interés del titular.*
- *Alcanza a todos los hijos tanto biológicos como adoptivos, tanto matrimoniales como extramatrimoniales.*
- *La patria potestad se caracteriza por la intransmisibilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad.⁵*

⁵ ÁLAVAREZ, Lasarte C. Principios del Derecho Civil. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2.006

El término de la patria potestad viene ligado desde tiempos muy remotos donde la reducción del poder de los padres viene establecida y regulada por las legislaciones, como era en aquel tiempo con el patriarcado. Pues la función de la patria potestad hoy en día, tiene como límite el interés superior de los hijos y su beneficio, quedando en manos de los poderes públicos la posibilidad de que, velando por los intereses del menor, priven de la patria potestad a los progenitores, y en muy particular cuando en una pareja existe una separación, siendo los más perjudicados los hijos, que a través de procedimientos judiciales, a manera del más fuerte, ven quien se queda con la custodia de los hijos.

4.1.3.2 PERDIDA DE PATRIA POTESTAD

“Perder la patria potestad de un hijo significa que el padre, la madre o ambos dejen de tener el derecho de convivir, proteger, custodiar, vigilar y formar a sus hijos. Perder la patria potestad significa mantener los deberes y obligaciones que de la misma emanan con plena vigencia, sin el consiguiente derecho que en cualquier circunstancia puede tener una persona, y más en Derecho Familiar en lo que respecta a la patria potestad, educación y relación con los hijos. Una de las sanciones más graves y delicadas que establece el Código Civil para el Distrito Federal es que la madre o el padre pierdan el derecho natural, jurídico, afín, inherente a la filiación, por cometer alguna conducta ilícita o, simplemente, por dejar de cumplir con los deberes impuestos por la ley. Entre otros, con gran significación, el de alimentar a los menores de edad. Perder la patria

potestad significa para el menor que su padre, su madre o ambos, no podrán ni siquiera compartir con él, porque la ley sanciona a quienes no cumplen con lo que la naturaleza, el orden público y por supuesto la ley, otorgan y sancionan a quienes en un acto de plena irresponsabilidad, dejan de otorgar los alimentos a sus hijos menores de edad”⁶.

De acuerdo a esta temática podemos ostentar, que generalmente la custodia de los hijos siempre la van a tener los dos progenitores, derecho que les otorga a los dos para guiar y cuidar en su crianza y cuidado, pero que lamentablemente por cuestiones de problema de pareja tienden a surgir los típicos problemas de separación, donde dependiendo de la edad y capacidad decisoria de los hijos tendrán la custodia a quien le corresponda. Uno de los requisitos fundamentales para lograr la reagrupación familiar de menores de edad, es sin duda la llamada patria potestad, o las figuras de tenencia y custodia. Se solicita la tenencia y custodia o la patria potestad para que le sea atribuida a uno solo de los progenitores, cuando éste es el reagrupante, por lo tanto se entiende que el otro progenitor no vive ni va a vivir en el futuro formando parte del grupo familiar. También se puede ejercer la patria potestad mediante mutuo acuerdo entre los padres, evitando que las controversias por los hijos sean menos conflictivas perjudicando anímicamente y sobre todo su desarrollo integral.

⁶ GARCES, Lorena. Abogadas Ecuador. miembro del Colegio de Abogados de Ecuador, especialista en Derecho Civil y Penal. Editorial. Uncategorized, julio, 2011.

4.1.3.3 CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD

- *“La patria potestad se aplica exclusivamente como un régimen de protección a menores no emancipados.*
- *Es obligatoria, pues los padres tienen la potestad*
- *Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla.*
- *Constituye una labor gratuita, porque es un deber natural de los padres*
- *La patria potestad debe ser ejercida personalmente por el padre o la madre”⁷*

En lo respecta, lo que es en si la patria potestad, podemos encaminarnos a la importancia que tiene en lo referente a los derechos y obligaciones que tienen los padres para con sus hijos, donde la protección hacia los hijos no emancipados cumple un rol importante en la sociedad, ya que la familia es la célula fundamental de la sociedad.

“En el derecho moderno, Patria Potestad significa el conjunto de facultades, y sus correlativos deberes, conferidas a quienes las ejerce, como padres, abuelos (en algunas legislaciones), adoptantes, destinadas a la protección de menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes.”⁸

⁷ DUTTI, Amaranta. Patria Potestad. Editorial, Análisis del proyecto nacional Simón Bolívar. El 7 de junio de 2011 a las 20.38

⁸ GARCÍA, Norma Plaza. La Patria Potestad y su Evolución en el Sistema Civil Ecuatoriano. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Guayaquil Ecuador. Desarrollado por MMC Design. Revista Jurídica 2014.

En lo referente a esta temática podemos decir que la Patria Potestad son derechos y obligaciones y deberes que la ley reconoce a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos o cuando son requeridas, a terceras personas, mientras estos los hijos sean menores de edad o están incapacitados, con el objetivo de permitir el cumplimiento a aquellos de los deberes que tienen de sostenimiento y educación de tales hijos.

4.1.4 RETENCIÓN INDEBIDA

Para el autor Luis F. P. Leiva Fernández, nos manifiesta en su libro “Derecho de Retención” de editorial Astrea en su página 85 lo define de la siguiente manera: *“Derecho de retención es la facultad legal, reconocida genéricamente, a todo acreedor civil, de legitimar por su sola voluntad la manutención de una relación real sobre una cosa, total o parcialmente ajena e incluso propia, que establecida al amparo de una ley, he devenido legítima con la finalidad de constreñir al cumplimiento voluntario de una obligación de dar suma de dinero, que es debida por razón de esa misma cosa, y que salvo los casos de retención anómala, sólo autoriza a su titular a mantenerse en la relación real hasta que se extinga el crédito, o su acción, o se garantice su cumplimiento”*⁹

El derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago, que le es debido por razón de esa misma cosa, Así mismo la retención indebida surge

⁹LEIVA, FERNÁNDEZ Luis. Derecho de Retención. Editorial, Astrea. 17 de Junio del 2006. pág. 85.

cuando uno/a de los progenitores retiene indebidamente a uno de sus hijos/as, donde a pesar de haber llegado un acuerdo voluntario de que el otro progenitor tendrá el derecho a la visita hacia sus hijos, lo cual en algunas ocasiones no son cumplidas ya sea por odio o humillación hacia quien no tiene la custodia.

4.1.5.- REGIMEN DE VISITAS

El Régimen de visitas es el *“Derecho que se atribuye al progenitor no custodio en los procesos matrimoniales (divorcio, separación, y guarda y custodia de hijos menores no matrimoniales), que consiste en fijar judicialmente (ya sea en el convenio del proceso de mutuo acuerdo, o Sentencia en el contencioso), días y horas en los que el progenitor no custodio podrá disfrutar del cuidado y compañía de los hijos comunes. Se pueden distinguir días inter-semanales, fines de semana, periodos de vacaciones como: Semana Santa, Navidad, verano, festividades, cumpleaños. etc. 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.*

El régimen de visitas de los menores con el progenitor que no tiene atribuida la guarda y custodia, o con otros parientes de su entorno familiar, siendo conscientes de la amplitud de este derecho y atendiendo a la necesidad de analizarlo, que destacan la naturaleza jurídica de este derecho-deber, que se inscribe en el marco de las relaciones paterno-filiales y cuya finalidad primordial es la de amparar y proteger los derechos de los menores.

En cuanto a los progenitores, diremos que tanto sus circunstancias laborales como personales pueden decidir un sistema u otro de visitas que encaje más con el bienestar de los hijos. Los menores, por su parte, disfrutarán de ese régimen en función de las distintas edades y necesidad de relación con el progenitor no custodio, atendiendo en la lactancia a la mayor necesidad de estar con la madre, posteriormente es importante que afiancen la figura paterna, más adelante empieza a plantearse la pernocta para familiarizarse con el hogar del progenitor no custodio y finalmente aparece la decisión de los menores en la configuración de dichas visitas. Por último, el análisis se centrará en las relaciones de los abuelos y nietos, intervención muchas veces necesaria para complementar la educación y formación de los menores.”¹⁰

Cuando hablamos del régimen de visitas donde es una situación que se plantea en caso de separación o nulidad de un matrimonio o en casos de hijos extramatrimoniales, o sea, cuando los padres no conviven, el otorgamiento de la tenencia es otorgada a uno de los progenitores, salvo

¹⁰CEBRIÁN, Asociados. Editorial, Grupo S.L Divorcietor. RPM: Madrid. 2014. Pág. 42

casos excepcionales, como cuando está en juego la seguridad o la salud física o psíquica de los menores, no se le priva al otro progenitor su contacto con el hijo, ni el derecho de supervisar su educación, además de las obligación que por derecho a alimentos le corresponde. Además de ser una obligación del Estado de precautelar los derechos de los niños niñas y adolescentes.

4.2 MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1 TENENCIA DE LOS HIJOS

“La tenencia es una institución familiar que surge cuando los padres están separados de hecho o de derecho y tiene como finalidad establecer con quien se quedará el menor. Uno de los padres ejerce el derecho de tener a su hijo o hijos consigo. En la tenencia uno de los padres puede ceder este derecho según lo establecido por ley.”¹¹

En lo que respecta a la tenencia de los hijos, surge cuando en un núcleo familiar es desintegrado por problemas que se dan en la pareja donde como resultado de ello deviene la desintegración familiar y comienza un nuevo capítulo de discordias y problemas por la tenencia de los hijos, generalmente su custodio se la suele dar a la madre, y quien no tiene la custodia tiene que conformarse acogiéndose al régimen de visitas, sin embargo hay situaciones que quien tiene la custodia no suele dejar ver así nomás a los hijos, encaminando en muchos casos de que los hijos terminen odiando a quien no tiene la custodia, tornándose más difícil la tenencia de los hijos.

¹¹DÁVILA, Wendy. Tenencia y Régimen de Visitas - Perú, 1 de Diciembre 2013. <http://resultadolegal.com/regimen-de-visitas-tenencia-de-hijos/#ixzz2yQQxkwj>

4.2.2 CLASES DE TENENCIA

4.2.2.1 Tenencia Provisional

“La tenencia provisional es la facultad que tiene el padre que no tiene la custodia del menor de recurrir al Juez para solicitarle la tenencia provisional. Esto normalmente ocurre cuando el menor corre algún peligro en su integridad física o psicológica. Si uno de los padres tiene la custodia de hecho entonces no podrá solicitar la tenencia provisional. Sin embargo, este padre o madre que tiene la tenencia provisional podrá solicitar la tenencia.”¹²

En lo que respecta a esta temática podemos deducir que la tenencia provisional surge cuando quien tiene la custodia, está vulnerando los derechos del menor al no atenderlo adecuadamente y está siendo usado el menor para otros fines que trasgreden los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuando surge este tipo de problemas el progenitor quien no tiene la custodia y conozca que existe este tipo de problemas, podrá pedir al juez la tenencia provisional has cuando la situación haya sido resuelta y se verifique que se encuentra en plenas facultades y atribuciones de cuidar a los hijos.

¹² IBIDEN (11) Pág. 23

4.2.2.2 Tenencia de Hecho

“La tenencia de hecho puede ser:

- *Porque existe un acuerdo entre los padres sin recurrir a ningún tercero. En este caso los padres tomaron la decisión de tener la tenencia del menor ya sea por un acuerdo expreso o tácito.*

- *Por decisión unilateral de uno de los padres.”¹³*

En lo que se refiere a esta temática podemos manifestar que la tenencia de hecho surge cuando hay un mutuo acuerdo entre los progenitores, esta práctica es muy interesante ya que sería muy beneficioso para los hijos, donde se podrá coordinar de manera mejor los espacios adecuados en las relaciones parentofiliales, ayudando a que exista en los hijos una mejor armonía y convivencia entre los padres y los hijos, evitando de que existan diferencias de afectación hacia uno de los progenitores.

4.2.2 MANIPULACIÓN DE LOS HIJOS POR PARTE DEL PROGENITOR QUE TIENE LA CUSTODIA

Para introducirnos a lo que es la manipulación es importante manifestar que *“A este fenómeno se lo conoce como síndrome se lo conoce como Síndrome de Alienación Parental (SAP), que no es más bien es un “Lavado de cerebro” por medio del cual, uno de los progenitores manipula a los hijos.El trastorno de Síndrome de Alienación Parental (SAP), habitualmente, es un fenómeno*

¹³ PIMENTEL, G. Palacio; Manual de Derecho Civil. Editorial Huallaga TOMO II. Lima, 20 de julio del año dos mil uno. pág. 896

desencadenado por uno de los progenitores respecto del otro, a pesar de que el trastorno puede darse en ambos progenitores, generalmente se trata de madres paranoicas que están profundamente obsesionadas con el odio hacia sus ex-maridos. Este odio aparece luego de la ruptura del matrimonio en el contexto de un juicio de divorcio o por la custodia de los hijos. Estas madres pueden creer en las situaciones más absurdas, incluso que sus hijos han sido abusados sexualmente por el padre y, aunque se les explique en el tratamiento que esto es imposible, no responden a la lógica o a las apelaciones a la razón. Los hijos, en los casos más graves, a menudo comparten estas fantasías paranoides y llegan al extremo de ser presas del pánico ante la perspectiva de tener que visitar a su padre. Se trata de un vínculo patológico entre la madre y los niños que no puede ser cambiado por el tratamiento mientras estos niños continúen conviviendo con su madre.”¹⁴

En lo referente a esta tema podemos decir que, en la mayoría de los hogares cuando existe conflictos de pareja lo primero que resuelven hacer es la típica separación conyugal o de hecho, sin darse cuenta los efectos que ello genera al estado psicológico y anímico en los hijos, ya que son ellos los más afectados por esta separación. Generalmente la custodia siempre la va tener la madre de los hijos, pero es ahí cuando por decirlo así, en la mayoría de los casos el que tiene la custodia es como que tuviera una carta bajo la manga, porque al rato menos pensado, utiliza a sus hijos que van en contra de los principios y la ética moral en contra del otro progenitor hasta

¹⁴ ESCUELA PARA PADRES, MI CUMBRE. Blog de WordPress.com. El tema K2-lite. RSS Entries and RSS Comments.francisco@micumbre.com.Publicado el 19 de Diciembre del 2010.

lograr desvalorizar y discriminar. A este fenómeno se lo denomina como síndrome de alienación parental en la cual busca convencer al hijo o hija a que el otro progenitor no es un buen padre y que por lo tanto no merece su atención de afecto, amor y comprensión del padre hacia el hijo, y que lo debe olvidar o que no es importante su presencia, inculcándole que su única obligación es pasarle una pensión alimenticia, lo cual a mi criterio sería una madre paranoica que lo único que piensa es en ella misma y no por sus hijos.

4.2.3 CUANDO EMPIEZA UNA MANIPULACIÓN

La manipulación es un acto denigrante y una práctica de un progenitor hacia el otro, es por ello que *“empieza cuando uno de los progenitores cuenta a sus hijos cosas malas del otro progenitor, sean verdades, mentiras o medias verdades, que casi siempre equivalen a mentiras, y les manipula para que se decidan por que se queden a vivir con el padre o a que se queden con la madre, incluso con promesas falsas de regalos y prebendas. Esta situación suele comenzar incluso antes de iniciar el proceso de divorcio para que cuando el juez les dé una audiencia a los hijos, estos le digan al juez que prefieren ir a vivir con el padre o con la madre. Los jueces suelen decidir en función de los deseos de los hijos si estos están en la edad de discernir clara y justificadamente sus preferencias. Este síndrome consiste en un proceso de auténtico lavado de cerebro por medio del cual, uno de los progenitores manipula la conciencia de los hijos, para destruir el vínculo con el otro progenitor y lograr que le odien, hasta conseguir alejarlos completamente de*

él. Es un problema muy extendido actualmente que afecta a más del 80% de las parejas que se separan sin mutuo acuerdo, lo que repercute en un gran desequilibrio emocional, familiar y social en la mayoría de los hijos que antes, durante y después del divorcio tienen que sobrevivir dentro de familias monoparentales o ajenas a sus lazos biológicos. Los niños expuestos al trastorno de Síndrome de Alienación Parental pueden desarrollar enfermedades mentales y consecuencias a largo plazo.

Los padres con el Síndrome de Alienación Parental (SAP) son los que pasan por un proceso de trastorno intelectual que transforma su conciencia temporal o permanentemente, haciéndoles perder el sentimiento de su propia identidad, hasta que llegan a hacerla contradictoria con lo que debía esperarse de su condición de progenitor. Abusan de su posición de influencia sobre los hijos para hacerles torcer sus sentimientos hacia el otro progenitor, destruyendo, sabotando y dificultando las normales, necesarias e imprescindibles, muchas veces ya difíciles relaciones de los hijos con el otro progenitor, en la disputa por la custodia o visitas de los hijos. Manipular es influir, manejar, maniobrar o intervenir con medios hábiles, maliciosos, deshonestos y arteros en la voluntad, acciones y opiniones de los hijos, distorsionando la verdad para beneficio propio y perjuicio del otro progenitor, que triste y grave es ver a los padres cuando hacen esto antes, durante o después del divorcio. No quieren darse cuenta del grave daño que están causando para siempre en sus hijos.”¹⁵

¹⁵Ibiden (18)

La manipulación es algo cotidiano en las familias que por alguna situación tienen problemas dentro del hogar, dado que los hijos son criados en un estado de semiorfandad por el progenitor al que le han concedido su custodia. El contacto de los hijos con el otro progenitor, normalmente siempre se torna difícil cuando producto de ese resentimiento no logra subsanar las heridas sentimentales, es ahí cuando comienza de quien tiene la custodia a practicar ideas malas hacia el otro progenitor, sean estas verdades, mentiras o medias verdades que en su mayoría terminan en hechos que no tienen ningún sustento, que lo único que hacen es inculcar ideas negativas a sus hijos respecto hacia el otro progenitor; a esto se lo llama manipulación que lo único que busca es revertir el afecto y el cariño que le tiene el hijo hacia el otro progenitor que no tiene la custodia. Esta situación es muy común en nuestra sociedad, y en las mayorías de las familias que lo único que hace es sabotear las relaciones con los hijos, a más de las ya afectadas, destruyen el normal desenvolvimiento y desarrollo de los hijos, lo que origina la falta de apoyo en los malos momentos y la ausencia de referencia paterna o materna. Además de las innumerables interrupciones y un sentirse manipulados en ambas direcciones, convirtiéndose algunas veces los padres legales en tiranos autoritarios y verdugos de sus propios hijos. Esto se soluciona en gran parte si los que deciden separarse accedieran a salirse del hogar sin causar incertidumbre y mediante un adecuado diálogo entre padres e hijos, ya que son los padres y no los hijos los que tienen que salir del hogar.

4.2.4 LA MANIPULACIÓN ES UN MALTRATO

“La manipulación es una forma artera y subliminal de maltrato, aunque los hijos sean pequeños o adolescentes y aparentemente no se enteren ni vayan viendo como les están cambiando su mente y la percepción de lo que ven o sienten. En algunos casos de divorcio esa manipulación se convierte en violencia física o mental dentro de la familia, de los hijos contra uno de los progenitores o contra sus propios hermanos y familiares. Muchas veces los hijos son utilizados como un arma ofensiva o defensiva contra el otro progenitor, según convenga a los padres para poder ganar la batalla de la custodia, el derecho de visita o la obligación de la manutención.

No es manipulación cuando uno de los progenitores hace ver bien claro a los hijos, pruebas fehacientes y contundentes y no con suposiciones infundadas, de que existen actos reales que afectan o puedan afectar el futuro la vida o el bienestar de los hijos, como en abuso físico, sexual, demencia, adicción a las drogas etc. Además del trauma que les supone el divorcio de sus padres, les llegan las graves consecuencias de ser manipulados. Lo normal es que los hijos quieran ser neutrales en las diferencias que tienen sus padres, pues quieren a los dos por igual, no es solamente la incertidumbre de su futuro, sino que tienen que añadir el tener que realizar determinadas acciones para satisfacer a uno de los dos progenitores, normalmente en perjuicio del otro.”¹⁶

¹⁶ ZANNONI, Eduardo: Derecho de familia, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989, pp. 710 y 711.

Verdaderamente con respecto a este tema podemos decir que una manipulación es el dominio que una persona tiene en contra de otra, con la finalidad de inculcarles ideas que sean verdades o a medias siempre tornan a despreciar al otro progenitor, la percepción de los hijos de cómo lo analizan y lo ven hacia el otro progenitor no son las mejores, ya que tienen a expresarse de lo peor y en la mayoría de las veces, llegan a odiarlo y no saber más de quien no tiene la custodia. Con todo ello podemos decir que de verdad la manipulación se lo concibe un maltrato donde lo único que hace es insertar ideas vanas que no llevan a ninguna solución y que más bien fomenta el desprecio y el odio hacia el otro progenitor, limitando la relación entre padres e hijos conforme lo determina la ley.

4.2.5 GUARDA Y CUSTODIA

“Para decidir sobre qué progenitor debe ostentar la guarda u custodia rige el principio del beneficio del menor, en el caso en que no exista acuerdo entre los padres, además de oír al propio menor, se ponderarán las aptitudes de los cónyuges, relaciones con los hijos, condiciones y entorno de cada uno de los progenitores y todas aquellas circunstancias que ofrezcan la estabilidad y equilibrio en el desarrollo integral del menor.

Para garantizar el acierto en la resolución judicial, el Juez puede acordar de oficio que se practiquen las pruebas necesarias para dictaminar la idoneidad sobre quién debe ostentar la patria potestad o la custodia. Por ejemplo, el que se realice un dictamen de un especialista cualificado...

Antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez recabará el informe del Ministerio Fiscal y oirá a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario.

De forma excepcional, la custodia puede encomendarse a un tercero y se da cuando concurren causas graves que determinen el interés superior del menor, su custodia sea encomendada a un tercero. En estos casos se suele encomendar la guarda a los abuelos, parientes u otras personas que lo consintieran, y de no haberlos, a una institución idónea, confiriendo el Juez las funciones tutelares. La guarda y custodia compartida se dará cuando los padres lo soliciten en la propuesta del convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. Prevalece el criterio de no separar a los hermanos y el mismo no procede en los casos de proceso penal por violencia doméstica o cuando el Juez advierta indicios fundados de tales actos.

Si no existe acuerdo entre las partes sobre la guarda y custodia compartida, se aplicarán excepcionalmente los requisitos exigidos en el Art. 92.8 del CC y que son que lo inste una de las partes, que el Ministerio Fiscal emita un informe favorable y la guarda y custodia sea el único medio de proteger adecuadamente el interés del menor.”¹⁷

En lo referente a lo que es la guarda y custodia podemos decir que se entiende en el sentido de vivir, cuidar y asistir a los hijos, en el momento

¹⁷ MONTSERRAT, López María. Patria Potestad Guarda y Custodia. Edit. Divorcios Exprés. 2008.

oportuno y cuando lo requieran. Es independiente de la patria potestad, la guarda y custodia se puede

Atribuir a uno de los cónyuges, compartida entre ambos o a una tercera persona, con el fin de garantizar los derechos que le asisten al menor. Para llegar a tener la guarda y custodia de los hijos primeramente se debe considerar ciertas condiciones y aptitudes que deben tener los cónyuges como es el caso de sostenibilidad y donde se favorezca la estabilidad y equilibrio durante su desarrollo integral. También podemos manifestar que la tenencia y la custodia pueden ser otorgadas mediante autoridad competente, siempre y cuando de quien vaya a ostentar la custodia pruebe suficientes méritos que garanticen su educación, salud, vestuario, alimentación etc. Rara vez la custodia se la puede entregar a otra tercera persona como ser un pariente más cercano de consanguinidad pero ello se lo resuelve y lo decide la autoridad competente a fin de evitar que se vulneren sus derechos.

4.2.6 COMUNICACIÓN ADECUADA Y REGULACIÓN ENTRE PADRES E HIJOS

“Los conflictos en las relaciones familiares que derivan en la finalización de la convivencia común, tan corrientes en nuestros días, tienen en la residencia separada de los padres una de sus facetas más difíciles. Los niños quedan, generalmente, bajo el mismo techo que uno de sus progenitores y allí comienza el drama familiar a cuyo cuidado y regulación se dirige el derecho de visita. Vienen las amenazas y las advertencias: ¡Nunca

más volverás a ver a tus hijos!. ¡Si deseas visitarlos, tendrá que ser en mi casa, y bajo mi vigilancia!. ¡No permitiré que lleves a los niños a tu casa, porque vivís con la otra!.¡No quiero que mis hijos te vean con tu nueva pareja. Los comportamientos amenazantes de las parejas separadas, tienden a prolongar sus conflictos más allá de la disolución de su relación.

Utilizan indebidamente los hijos como instrumento de retaliación o venganza proyectando un estado de guerra donde, como siempre, los más inocentes son las primeras y principales víctimas. Por causa de estas actitudes el Derecho de Familia ha tenido que interesarse en resolver este foco de desavenencias mediante la construcción de lo que actualmente se conoce como el “derecho de visitas” de un progenitor a los hijos menores que están bajo la custodia y cuidado personales del otro. Para conocer sobre esta problemática realizamos un estudio que abarcó un amplio espectro de la doctrina internacional. El derecho de visita nace como resultado de la constante negativa de los tribunales franceses de autorizar a los abuelos a visitar a sus nietos, contra la voluntad de sus padres, argumentando que permitirlo significaba un atentado contra la patria potestad, que pertenece al padre y a la madre. Parte de la doctrina no compartía esta posición y logró abrirse paso con argumentos más sentimentales que jurídicos, logrando cambiar el criterio de la corte de casación francesa”¹⁸

¹⁸CEBRIÁN & ASOCIADOS. Despacho de Abogados. Divorcieitor, S.L., de Grupo Divorcieitor. Marca. Propia Registrada RPM: Divorcieitor. Junio 2008.

En lo referente a esta temática podemos indicar que, en un núcleo familiar cuando existe conflictos de pareja a pesar de haber una convivencia larga o corta hoy en nuestros días son más comunes y frecuentes las separaciones de pareja, cuyos resultados de las facetas más difíciles, donde los hijos terminan criándose sin un progenitor a su lado, es allí donde comienza un verdadero drama por la custodia de los hijos ya que uno de los progenitores deberá hacerse cargo del cuidado diario de los hijos. Nuestra legislación ampara el derecho a visitas al otro progenitor quien no tiene la custodia, un derecho que no puede ser vulnerado ya que la misma ley la ampara, sin embargo es importante analizar que sucede cuando uno de los progenitores de quien está a cargo del cuidado de los hijos no le permite ver al otro progenitor a sus hijos, independientemente de cuál fue la situación que ocasionó la separación en la pareja y esta no le permite dejar ver a sus hijos, por el simple hecho que no le da la gana, cabe recordar entonces que los dos progenitores tienen derecho a visitar a sus hijos, en el momento que uno de ellos lo consideren pertinente, vulnerando sus derechos a compartir con armonía el desarrollo integral de sus hijos.

“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. Propone su fundamento en el Derecho Positivo, que establece que la decisión judicial que resuelve, en los juicios de separación, el derecho de visita de los padres

a sus hijos, para ser legal, deber tener su origen en los escritos de las partes o por imperio de la Ley.”¹⁹

Por lo mismo podemos decir que es la ley quien otorga el derecho de visitas en el momento oportuno al otro cónyuge que no tiene la custodia de los hijos mientras éstos sean menores, siendo lo contrario para aquellos que hijos que ya sean púberes y obtengan su independencia económica, y por lo mismo asegura que el derecho de visitas debe estar regido por el ministerio de la ley, para que esta surta sus efectos y se pueda garantizar su cuidado diario.

“Visitar es la acción de ir a ver a una persona en su casa, resulta inapropiado hablar de Derecho o Régimen de Visitas a un menor de edad. En consecuencia, esta institución debería denominarse “Comunicación adecuada y regular entre padres e hijos”.”²⁰

Entonces queda claro que la visita no es otra cosa que ir a visitar a una persona, familiar o pariente, cuya acción nace de la propia voluntad con el fin de saber ya sea de su salud, vivencias, anécdotas etc. que entre las partes han de tratar y dialogar. Cuando se trata de la visita de un padre hacia un hijo, lo que busca es afianzar las relaciones donde como producto de una mala relación los padres se vieron forzados a separarse y con ello evitar que las relaciones entre los padres e hijos se deterioren y sufran reveses de afectividad y olvido, claro está esa preocupación existe siempre y cuando de

¹⁹DIAZ ALABART, Silvia. El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados, en: Revista de derecho privado, mayo – junio de 2003, p. 352.

²⁰ DURÁN, Mera, María Augusta. Relaciones Paternos Filiales.

quien no tiene la custodia sea responsable y sienta la ausencia de sus hijos. La visita es un derecho y un deber de los padres para mantener una relación regular y directa con su hijo.

El artículo 9, numeral 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dice: *“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al Interés Superior del Niño.”*²¹ Para el tratadista Gustavo Bossert y Ecuador Zannoni señalan que *“Es el derecho de mantener comunicación adecuada con el pariente con quien no se convive”*²²

Este derecho concede al progenitor la posibilidad de permanecer con el hijo de quien vive separado un tiempo prudencial en un ámbito de privacidad, sin la presencia del otro progenitor, para reintegrarlo a su domicilio, del cual fue retirado; tiene por objeto brindar al menor un equilibrio emocional y físico para su crianza y desarrollo, compartiendo, así sea un tiempo corto, con el progenitor con quien no vive, su forma de regular el régimen de visitas, es mediante resolución del juez siendo los días y horas de visitas considerando las múltiples circunstancias que pueden influir sobre el lugar, horario, frecuencia, libertad y otras condiciones. Sería ideal que los días y horas de visitas sean regulados de común acuerdo entre los interesados y, de no haberlo, por el juez, inspirados siempre en lo que sea más conveniente para

²¹ Naciones Unidas. Convención sobre los derechos del niño. Nueva York, 5 de diciembre de 1989. Registro Oficial 378 del 15 Febrero de 1990.

²² BOSSERT, Gustavo Alberto. SOCIEDAD CONYUGAL, tomo dos 1a. edición 1977

el menor, a fin de no afectar en estado psicológico de los hijos. Como el régimen de visitas no es definitivo, puede ser modificado a petición de una de las partes, atendiendo a ciertas circunstancias, las mismas que deben ser plenamente justificadas. Además de los padres tienen derecho a visitas quienes demuestren un legítimo interés familiar, como los abuelos, tíos, hermanos y otras personas con vínculo familiar o afectivo.

4.2.7 ANALISIS DOCTRINARIO EN RELACIÓN A NUESTRA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

“El artículo 124 del mismo Código de la Niñez y Adolescencia enumera que el juez puede extender el régimen de visitas a los ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de línea colateral y a personas, parientes o no, ligadas afectivamente al menor...

...Si uno de los progenitores u otra persona retiene en forma indebida al menor o impida el régimen de visitas el Juez requerirá judicialmente para que lo entregue en forma inmediata a la persona que debe tenerlo. Quien retenga indebidamente al menor quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por este acto y los gastos causados por el requerimiento y la restitución.

Si pese al requerimiento quien retiene indebidamente al menor no cumple la orden judicial, el Juez decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar el allanamiento del inmueble en que se encuentre o se cree que

se encuentra el menor, con el fin de recuperar al menor. (Art. 125 del mismo cuerpo legal)

El Art. 122 del Código de la Niñez y Adolescencia prescribe que el Juez puede negar o prohibir el régimen de visitas al progenitor que ha ejercido violencia física, psicológica o sexual a su descendiente. Cuando se produce la ruptura de la pareja, algunas personas pretenden convertir a los menores en instrumentos de la pasión humana.

Por este motivo, el cumplimiento del régimen de visitas resulta sumamente complejo, debido a que el progenitor que comparte la vida con su hijo se resiste a comprender la importancia que tiene para el menor disfrutar unos momentos con el padre o madre del que está separado.²³

Como podemos destacar, estos autores, ya emplean un análisis, que resulta muy complejo al derecho de visitas, entre los niños con el cónyuge que está separado de ellos, lo que nos orienta a proyectar un problema que a más de ser analizado y estudiado meticulosamente, necesita de manera urgente en nuestra normativa legal una reforma de ley, para que se establezca una solución y de esa manera los hijos, que son personas vulnerables y necesitan protección, cuidado a sus afectos, y por ser titulares de derechos, puedan compartir la comunicación entre sus progenitores.

²³ Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, Quito, Registro Oficial 737, de 3 de Enero del 2013, Pág. 31

A continuación, vamos a destacar un comentario de un asambleísta ecuatoriano, que se refiere a esta temática: Para Carlos Samaniego, Asambleísta del Ecuador, nos manifiesta que, “según lo propuesto en el Art. 125 del Código de la Niñez y Adolescencia, es importante reformar al derecho de visitas, por cuanto, el mismo cuerpo legal dice: “... Se emitiría una boleta de apremio para garantizar el derecho a visitas de los padres y familiares que no vivan con el menor”. Samaniego afirma que en ocasiones, por "resentimiento con el ex cónyuge, no se dan las facilidades para que el menor pueda ser visitado" por la otra parte”²⁴

Como vemos de los análisis y comentarios de renombrados autores ya repliegan un análisis sobre esta problemática y con ello las dificultades que se pueden suscitar cuando uno de los progenitores que se encuentra a cargo de los niños no presta las facilidades para que puedan comunicarse sus hijos con su otro progenitor, un autor manifiestan que es complejo, otro nos hace hincapié que puede ser por resentimientos personales, que de singular manera los progenitores que tienen la custodia, tratan de hacer de sus hijos un instrumento de manipulación y control hacía el otro progenitor, que no tiene a cargo a su hijo.

4.2.8 ADECUADO RÉGIMEN DE VISITAS

“A la hora de establecer un régimen de visitas adecuado tras una separación es muy importante tener en cuenta la edad de los menores que estén

²⁴SAMANIEGO, Carlos. Asambleísta del Ecuador. Comentario sobre Reformas al Código de la Niñez y Adolescencia. 17 de mayo 201, Quito-Ecuador

implicados en el mismo. Cada etapa evolutiva tiene unas necesidades específicas por lo que afectará a la hora de establecer la frecuencia y duración de las visitas así como la existencia o no de pernoctar y cómo distribuir las vacaciones. A la hora de establecer la duración de las visitas también es conveniente tener en cuenta la edad de los menores, así con niños muy pequeños es preferible que la duración sea corta siempre que se respete una frecuencia amplia, de esta forma se interferirá lo menos posible en sus horarios comida, baños, siesta, etc. A partir de la edad pre escolar y hasta el inicio de la adolescencia, es importante que la duración de las visitas sea mayor. De esta forma el progenitor no custodio podrá implicarse en todos los aspectos de la vida del menor (educación, puesta de límites, ocio, etc.) y compartir así más actividades con éste.

En la adolescencia, y de igual forma que nos referíamos a la hora de comentar la frecuencia, es necesario tener en cuenta las necesidades propias de esta edad. El adolescente es más autónomo y su vida pasa de estar centrada en su familia a centrarse en sus amigos. Es por esto que hay que intentar llegar a acuerdos en donde se respeten las “actividades sociales” del menor. Si se intenta imponer por parte de los padres o por parte del juez un régimen de visitas rígido puede generar en el menor un rechazo frontal a éste. A la hora de establecer las pernoctas de niños pequeños es importante tener en cuenta si éstas se van a dar desde el primer momento de la separación, o si ha transcurrido un tiempo largo sin

*pernoctas desde la separación hasta el establecimiento del régimen de visitas.*²⁵

Al referirnos al adecuado régimen de visitas podemos decir que esta se produce a causa de la separación o el divorcio entre una pareja con hijos, pues frente a esta situación hay que tomar en cuenta una serie de cuestiones tales como, la patria potestad, la custodia, la pensión de alimentos y el régimen de visitas, especialmente el régimen de visitas en hijos de corta edad, ya que son ellos los principales afectados tanto emocional como psicológico. Como ya hemos manifestado en anteriores temas, lo recomendable es llegar a acuerdos entre los progenitores en cuanto a la regulación de cada una de estas cuestiones, especialmente en materias como la pensión de alimentos y el régimen de visitas, ya que es aquí donde se encuentran mayores incumplimientos. En concreto, frente a esta situación siempre es importante referirnos a los criterios sugeridos por medio de las autoridades, ya que por medio de ello cumplir con un adecuado régimen de visitas donde no se vulnere los derechos de los hijos, regulando el régimen de visitas en hijos, cuando sus progenitores no se ponen de acuerdo acerca del mismo. La corta edad de los hijos siempre se ha considerado por los jueces como un dato relevante, a la hora de tomar decisiones y por lo tanto a tener en cuenta, para establecer el régimen de visitas en caso de desacuerdo de los progenitores. Y es que precisamente, una de las cuestiones que más controversia trae es determinar el régimen de visitas en hijos de corta de edad, donde más va existir conflictos ya que son ellos los

²⁵BERMÚDEZ, Tapia Manuel. El Nuevo Derecho de Familia. Sección Especial a partir de la Jurisprudencia. Edit. San Marcos. Mayo. 2012

más perjudicados a la hora de existir una separación dentro de un hogar, lo cual sería muy importante de buscar el dialogo mediante un adecuado régimen de visitas a fin de no perjudicar el desarrollo emocional y psicológico de los hijos.

4.2.9 EFECTOS DE LA SEPARACIÓN CONYUGAL

“Ante las separaciones conyugales o maritales, los hijos sufren las consecuencias de la separación de sus progenitores, sea por divorcio, terminación de la unión de hecho o cuando los hijos son abandonados a su suerte. El artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia prescribe que “Cuando el juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, si alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.del Código de la Niñez y Adolescencia.

Cuando se produce la separación de una pareja con hijos, nuestra ley establece que los menores de 5 años quedarán bajo el cuidado de la madre, salvo que causas graves que afecten al interés del menor aconsejen apartarse de este criterio. Cuando son mayores de esta edad los padres podrán establecer de común acuerdo con quién se quedarán. Si no hay acuerdo es el juez el que decide. Existe también la modalidad de compartir la guarda de los hijos entre ambos progenitores. Es una manera muy nueva que no está expresamente contemplada en la ley pero que por acuerdo

*entre los padres puede llegar a establecerse, aunque por ahora son pocos los que la adoptan.*²⁶

En lo referente a este tema podemos decir que uno de los principales efectos que se dan cuando hay un divorcio o separación son las repercusiones negativas que se dan hacia los hijos, convirtiéndose no sólo es un fenómeno sociológico y demográfico de extraordinaria extensión y amplitud, sino, particularmente, un proceso psicológico potente, con implicaciones profundas en la vida de los individuos. Es un fenómeno de múltiples hechos disociadores como es divorcio legal ruptura del contrato legal, divorcio económico, divorcio físico dos residencias y no una, divorcio emocional pasar de una dependencia a una independencia afectiva, divorcio familiar el cambio de estatus dentro de los grupos familiares, que impacta en todas las facetas de la vida y exige una reorganización cuidadosa en las mismas, de los sujetos afectados. La mayoría de los procesos de separación se caracteriza por un alto grado de desacuerdo de la pareja que se exterioriza, denigraciones y recriminaciones mutuas, creando en su lugar una serie de cambios que lanzan a todos los miembros de la familia a una situación de caos y desequilibrio la falta de apoyo social o pautas a seguir para la familia que a traviesa por esta situación que añade dificultades al proceso, por lo que es muy importante determinar un modelo de divorcio como normativa de transición familiar, y creemos que este sistema, basado

²⁶SÁNCHEZ DEL RÍO, Ildelfonso. Colegio Oficial de Psicólogos del Principado de Asturias. Edit. BlogPirr.

en un paradigma teórico de crisis, es un instrumento útil donde sean los hijos los menos afectados y puedan desarrollarse por los mejores senderos del amor y la felicidad a pesar de las dificultades que ellos adquieren por cuestiones de adultos.

4.2.10 RECHAZO HACIA EL PROGENITOR AUSENTE

“Así como suele no estar previsto en los acuerdos de visitas con quién pasarán las fiestas los niños, los mismos progenitores suelen no anticiparse a tratarlo entre ellos y con sus hijos ante la proximidad de las mismas. Cuando se produce la comunicación suele ser a último momento y en base a “entendidos” que, en general, son malos entendidos. El resultado es la crispación en lugar del diálogo y la rabieta entre ambos, que los hijos perciben aunque nada se les diga, con lo cual el conflicto emocional que llevó a la separación de sus padres se le transfiere a los hijos, incorporando el mismo sentimiento contra el progenitor ausente.

De este modo se disocia a los niños que por un lado, como hijos, sienten que el ausente los abandona, y por otro, identificados con el rechazo del progenitor que tiene la guarda contra el otro, odian al progenitor ausente.

En esta posición de incomunicación, los padres piensan y actúan en función de sus propios sentimientos e intereses sin contemplar los intereses de sus hijos, aunque es lo que suelen invocar.”²⁷

²⁷ Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría. Edit. Magallanes, Madrid. Impresa ISSN. 2009.

Generalmente cuando existe una separación conyugal suele ocurrir que en la mayoría de hijos menores de edad, lo perciben mucho lo que está aconteciendo en su hogar desde los primeros inicios del conflicto a medida que va pasando el tiempo, observan que uno de ellos ya no llega a casa y comienza una serie de inquietudes en su mente y hacer preguntas muy frecuentes a quien tiene la custodia, es ahí donde la mente del niño/a comienza a crearse una serie de inquietudes donde las respuestas no son tan alentadoras y más bien buscan inclinar la balanza a su favor inculcándole ideas negativas del otro progenitor, creando en los hijos un rechazo total hacia el otro progenitor. La provisión de estabilidad afectiva y emocional que requiere durante el desarrollo de los hijos puede verse seriamente amenazada por la separación o el divorcio de los padres, especialmente cuando el apego aún no está suficientemente afianzado, cuya situación muestra más desajustes emocionales; el comportamiento del niño tras el cambio de la composición de la familia, los efectos negativos de la ausencia de la figura paterna junto a la típica situación de la custodia de la madre, el incremento del estrés económico en el grupo con las subsiguientes consecuencias en el trato al hijo, los problemas que derivan del cambio que supone pasar de tener dos padres a tener uno solo y lo negativo que trae consigo la existencia de tensión interparietal en el hijo.

4.2.11 IMPORTANCIA DE LA INCLUSION DEL PROGENITOR AUSENTE

“El vínculo emocional con el progenitor ausente les permite a los hijos generar un límite en su vinculación con el progenitor que tiene la guarda. Les

permite crecer y en determinado momento abandonar el hogar para hacer su vida. La aceptación por los hijos del progenitor ausente es hoy muy importante y en el futuro lo será mucho más, en tanto es previsible que al divorcio, como un límite al matrimonio, se le incorporen nuevos límites que compitan con las uniones de hecho actuales, como los matrimonios temporales, por 3, por 5 o por 10 años, al cabo de los cuales si las partes no renuevan el contrato matrimonial, se separan sin guerra ni juicio. Por ello, si es previsible que los hogares monoparentales prosperen y aun lleguen a ser lo que predomine, es conveniente modificar la actual cultura de exclusión del progenitor ausente por otra que lo incluya.

En esta sordina guerra por la propiedad privada de los hijos hay otros protagonistas que tienen un rol muy importante: las familias de ambos progenitores. Los abuelos y tíos por parte de la madre y del padre de los niños ¿qué actitud tienen en estos conflictos? Lamentablemente, suelen reforzar la postura del propio pariente echando más leña al fuego en que se calcina la salud emocional y posibilidades de maduración de los niños.

Sin embargo, los abuelos y tíos están en mejores condiciones de comprender que el interés emocional de los niños es poder comunicarse de la mejor manera con el progenitor ausente. El peso de la lealtad familiar entre los mayores no es igual a la de los niños con el progenitor con quien viven. Los adultos pueden tomar distancia de los propios sentimientos egoístas como para pensar en la conveniencia de los niños y así aconsejar al padre y a la madre de las criaturas que no se dejen llevar por sus odios y

rencores y que puedan actuar en función del interés de sus hijos. Esto requiere un cambio en la cultura familiar en que siempre se ampara la posición del propio pariente contra los de afuera. Es un cambio para el que la familia está perfectamente preparada si logran pensar que los niños en pugna son también sus parientes y que, para que crezcan adecuadamente, les conviene relacionarse tanto con la madre como con el padre, es decir, que los niños no tienen dueño.”²⁸

Es de vital importancia destacar la relación emocional con el progenitor ausente donde les permite a los hijos generar un límite en su vinculación con el progenitor que tiene la guarda, generalmente podemos decir que cuando existe una ruptura de un relación uno de los padres tendrá que dejar en hogar creando un ambiente de incertidumbre en los hijos ya que son ellos los más afectados. La comunicación debe ser prioritaria para de esta manera llegar a acuerdo que permitan la inclusión del progenitor que no tiene la custodia y de esta manera mejorar las relaciones con los hijos, a fin de suprimir los efectos negativos que se puedan ocasionar en su vida diaria, así como también en la escuela o colegios. La inclusión de un progenitor ausente le permite al niño/a mejorar su calidad de vida, su estado anímico y por ende su rendimiento académico donde suele ser más notorio.

4.2.12 CLASES DE RÉGIMEN DE VISITAS CON LOS HIJOS.

²⁸Revista de la Asociación española de Neuropsiquiatría. Edit. Magallanes, Madrid. Impresa ISSN. 2009.

“Régimen amplio de visitas.- Significa que no hay días, ni horas limitante para el mismo, surge espontáneamente, mediante un dialogo entre las partes, es decir en una colaboración entre los Progenitores. Acuerdos que pueden tener algunas dificultades pero que son posibles alcanzar. Sirve para los casos en los cuales existe la voluntad de cumplimiento y de acordar desde la mirada de la necesidad de los hijos y no de los mayores, en donde pueden dialogar y no hay sometimiento a los caprichos de una de las partes.

Régimen de visitas amplio con días y horas prefijados.- Se entiende como días y horas brindados para el vínculo y el resto del tiempo se puede dialogar. Este formato deja abierta a una ampliación vincular negociada espontánea entre los progenitores. Es aconsejable que esté incluido fechas de vacaciones de verano e invierno Cumpleaños y Fiestas de Fin de año.

Régimen de visitas con días y horas fijos.- Se entiende como un vínculo blindado, pero la no mención de "amplio", no significa que no se pueda acceder a los hijos fuera de esa banda horaria, ya sea por negociación, o por espontaneidad, como ser ir a verlos a la Escuela, al club, o en la calle, o bien en el mismo domicilio. La obstrucción de vínculo con los hijos, es una contingencia no esperada, aunque la hayamos visto sufrir en familiares , amigos o conocidos, cuando se vive y se sufre, y más aún cuando no hay respuesta, y no se aplican las Leyes, y ni tampoco se sanciona; si no se corrige, el conflicto de pareja separada con hijos menores, muta en un !conflicto de quienes reclaman justicia y la Administración de Justicia; ya no

*es un conflicto de los progenitores, y los hijos quedan privados de sus Derechos.*²⁹

En lo que respecta a las clases de régimen de visitas con los hijos a mi criterio, sería que los hijos fuesen informados sobre la situación de una forma adecuada según la edad, que no se hablase mal a los hijos de su padre o madre, que se concediese tiempo a los hijos para que asimilen y entiendan la nueva realidad, que los hijos se sintiesen seguros, y que todos tuviesen una orientación profesional y consejos que les ayudasen a comunicar y resolver el problema dentro de la familia. Es importante que la información sobre la separación de la pareja sea dada al hijo por sus padres y no por terceras personas a fin no dar lugar a malas interpretaciones.

Cuando un niño de edad corta, se entera de que sus papás se separan, hay un gran desconcierto porque él todavía no lo entiende. Él ha visto a sus padres siempre juntos y se niega a admitir que esta situación se cambie. Protestará día a día de la ausencia del otro que no está a su lado, e insistirá en que vuelvan a estar juntos, pero todo eso dependerá muchísimo de la forma en que se desarrolle el proceso de separación. Los padres no deberán ahorrar esfuerzos para que los niños entiendan su decisión y les hagan ver que es algo necesario. Cuanto menor el niño, más dificultad tendrá para entender lo que está pasando en su casa. Ante la situación de separación de sus padres, muchos hijos se ponen rebeldes, malcriados o deprimidos, y

²⁹AGUILAR, SaldivarAhida. Artículo Tenencia Compartida, Revista JUS Doctrina y Práctica, 1985 Pág. 169-170

esta situación fácilmente se reflejará de una manera negativa en su desarrollo en la escuela, en su contacto con la familia, y en su convivencia social, lo que hará con que pasen a buscar otras salidas no adecuadas y beneficiosas para sus conflictos. En otros casos, las consecuencias vienen después del divorcio y la competencia entre quién es mejor, si el padre o la madre, según el trato que se les den.

4.2.13 FUNDAMENTO DEL DERECHO DE VISITAS

4.2.13.1 Fundamento en el parentesco.

“Se dice que el parentesco general entre los sujetos consecuencias que radican en la relación o conexión familiar, lo cual importa un derecho a vincular y tratar entre ellos, de lo cual a su vez derivaría el derecho de visitas cuando tales relaciones pueda ser afectado. En nuestra opinión la relación parental concede a los individuos el derecho de visita.”³⁰

En lo referente a este tema podemos decir que el derecho de visitas se fundamenta en los lazos de parentesco y afectividad que el padre tiene hacia sus hijos, claro está que ello surge siempre y cuando existan padres responsables que desean que sus hijos tengan un buen desarrollo integral en todos los aspectos sociales.

4.2.13.2 Fundamento en la relación afectiva

³⁰FLOR DE MARIA, Landa Trujillo. “El rol del padre –La función irremplazable” Ediciones B Argentina –2001.

“Este sector doctrinario preconiza que el derecho de visitas se justifica en la relación afectiva que une al titular del derecho y al niño, adolescente y/o incapaz; lo cual determina el derecho de invocación a fin de que tal relación no se vea frustrada. Si bien la raíz biológica en la familia humana es indiscutible y existe otra raíz que es la afectiva la cual puede descartarse”³¹

La afectividad de los padres hacia los hijos cumple un rol muy importante para lograr la buena relación con los hijos, ya que es de naturaleza que los hijos se apeguen fuertemente debido a la afectividad que ellos tienen hacia sus padres, por lo mismo claman por la presencia de sus padres y convivan junto a ellos, por todo ello es importante que exista un adecuado régimen de visitas donde se de apertura al acercamiento constante para lograr una adecuada relación entre padre e hijo.

4.2.14 PERJUICIO AL OTRO PROGENITOR POR OBSTACULIZAR LAS VISITAS

A continuación daré a conocer algunos perjuicios que se pueden causar al otro progenitor por obstaculizar las visitas al otro progenitor.

“Cuando existe problemas dentro del entorno familiar surgen algunas consecuencias, como es la separación de la pareja cuyos resultados se ven reflejados en los hijos , pues el progenitor queno tiene la custodia siente que está perdiendo o que ha perdido a sus hijos, pues se dan todos los tópicos

³¹ Ob. Cit. (30)

*de lo que es una situación de manipulación, de lavado de cerebro, respecto al que no tiene la custodia de los hijos, ello sucede como si se tratara de un castigo o venganza por la separación de su conviviente que ya no lo tiene a su lado, donde la afectada toma represalias en contra de otro cónyuge porque siente que lo ha perdido y ya no lo va tener más a su lado, convirtiéndose en la mayoría de los casos en denuncias falsas. Como resultado de ésta problemática los hijos empiezan a mostrar un rechazo, hacia quien no tiene la custodia, con el pasar del tiempo o meses después, si bien es cierto se concede el régimen de visitas, pero resulta quien tiene la custodia se niega a dejar ver a sus hijos al otro progenitor, aduciendo que no les conviene ver al padre de los hijos. Y con ello van consolidando esa situación de rechazo, no sólo al progenitor que no tiene la custodia sino a toda la familia paterna, rechazan los regalos, empiezan a proferir expresiones que no son propias de niños como, cuando se les hace algún tipo de regalo a través de las personas del punto de encuentro: su frase suele ser "dile a mi papá que el mejor regalo es que no haya visitas". Esto conlleva a que los jueces no tomen medidas para que por parte de la madre que tiene la custodia de los hijos respete y haga respetar el régimen de visitas, donde son instituciones judiciales que, teóricamente deberían contribuir a restablecer la relación con el padre, se lavan las manos donde nada se hace con la finalidad de garantizar el interés superior del niño.*³²

³²Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Pág. 156

Las visitas que tienen los progenitores que no tienen la custodia es un derecho irrenunciable al que el otro progenitor no debe impedírselo, ya que hay muchas razones por las cuales a veces nosotros los padres decidimos poner a nuestros hijos en contra del otro ser que los trajo al mundo, cuando las razones solo debería ser un problema de pareja, pero el asunto se complica cuando utilizan a tus hijos para vengarse, es ahí cuando uno se pregunta ¿por qué poner a los hijos en contra del padre o madre?. Equivocadamente actuamos porque nos enredamos en nuestros resentimientos, egoísmo, ira, despecho entre otros sentimientos y pues más fácil es recurrir a la venganza y se empieza a privar a sus ex parejas de ver a los niños y no permitir que sigan asumiendo su derecho a la paternidad o maternidad. Es importante que tanto las madres o padres, tengan en cuenta la salud emocional y tomar consciencia de la vida de nuestros hijos y no hagamos daño a los hijos ya que son ellos los más perjudicados.

4.3.- MARCO JURÍDICO

En lo referente al marco jurídico, a continuación voy a dar a conocer las legislaciones donde se ampara los derechos de los niños así como también la vulneración de los derechos que son víctimas los padres por cuanto el otro progenitor que tiene la custodia obstaculiza las visitas al que no la tiene así tenemos.

4.3.1 ANÁLISIS CON RESPECTO A LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

La Convención de los Derechos del Niño en sus artículos pertinentes manifiesta lo siguiente:

“Artículo 5.- Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés

superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Artículo 14

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”³³

³³La Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de Noviembre de 1989.

En lo referente a estos artículos hace referencia al interés preeminente del menor pudiendo actuar como límite en el ejercicio del derecho de visitas por parte de los progenitores que también son titulares de este derecho al tratarse de un vínculo filial. Derecho que se debe tener como criterio el desenvolvimiento cabal de la personalidad del menor por lo que siempre en principio debe ejercerse con benevolencia, adaptándose a las necesidades de los hijos con la mira puesta a su favor, pero además el derecho de visitas para los padres también constituye un deber cuyo objetivo prioritario se debe encauzar a la protección de los intereses del menor en su desarrollo personal donde es tan necesaria una relación amplia con los mínimos conflictos con ambos progenitores, entonces cabe mencionar que, es el propio interés superior del niño el que exige su máxima vinculación con sus dos progenitores, lo cual pretendo conseguir una visión global de la problemática sobre la defensa jurídica del derecho de visitas ante las obstaculizaciones que pudieran producirse por parte del progenitor custodio desde una perspectiva de cada una de las vías de protección, proponiendo una orientación que vaya en beneficio de las relaciones paterno filiales así como manifiesta la Convención de los derechos del niño, donde mediante estos principios, se busca garantizar el derecho que tiene el progenitor que no tiene la custodia y se busca el derecho que tiene los niños a que tengan la armonía y desarrollo de sus dos progenitores.

4.3.2. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

De conformidad a lo que dispone nuestra Constitución de la República del Ecuador en su sección quinta de la Niñas, Niños, y Adolescentes en la parte pertinente dice:

“Art. 44.- 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.

Los niños, niñas y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido 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. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.”³⁴

En lo referente a este artículo nos manifiesta que es el Estado quien protegerá los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, en todo el proceso de desarrollo y crecimiento en todo sentido de afectividad y seguridad. Pero si bien es cierto esto no sucede cuando una progenitora vulnera los derechos de los niños, niñas y adolescentes al obstaculizar las visitas al otro progenitor cuartando los derechos de afectividad en su entorno

³⁴CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Asamblea Nacional del Ecuador. Publicada en el Registro Oficial No. 449. del 20 Octubre del 2008. Pág. 39

familiar, el que tiene la custodia al no dejar ver a sus hijos al otro progenitor afectando de manera moral y psicológica al niños ya que alno tener un acercamiento afectivo, se estaría afectando su desarrollo y sobre en ambiente familiar con el niño/a.

“Art. 45.- 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 nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.”³⁵

Cuando existe una ruptura o una separación conyugal quienes llevan y la peor parte son los hijos, y más aún cuando los niños de temprana edad ya que a esa edad no tienen el suficiente discernimiento y su propia voluntad de

³⁵ Ibídem (34)

decidir por ellos, y estas a expensas de las decisiones de sus progenitores, al no dejar ver a los hijos ya sea por odio, venganza o hacerle la vida imposible su vulnera la convivencia familiar. Si bien es cierto que los problemas no deben trascender a los hijos eso jamás se cumple ya que lo único que hacen es utilizarlos como objeto para remeter al otro cónyuge sin saber que el niño también necesita de la presencia del otro progenitor afectando su afectividad y carisma hacia el otro progenitor.

“Art. 46.- *El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:*

4. *Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.”³⁶*
5. La obstaculización de las vistas hacia el otro progenitor, es un maltrato que el progenitor que tiene la custodia crea hacia el niño/a, evitando que el progenitor que no tiene la custodia tenga contacto con su hijo, es ahí donde el Estado como garante de protección de derechos como lo determina la Constitución y demás leyes no se las cumple ya que mediante es manía se viola los derechos de los niños/as y adolescentes ya que no se les permite tener contacto con el progenitor que no tiene la custodia afectando sus derechos a vivir en un ambiente de familiaridad y afectividad.

³⁶Ibidem (34)

Así mismo la norma constitucional en el artículo 67 nos habla de la familia, al respecto manifiesta:

“Art. 67.- Se reconoce 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 basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”³⁷

La norma señalada en su primera línea señala “Se reconoce la familia en sus diversos tipos, o sea que además de la familia matrimonial, cuya fuente sin lugar a dudas es el matrimonio, existe la familia extramatrimonial que surge de la unión sin vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer, que se comportan ante los demás como esposos.”³⁸

En la actualidad como podemos constatar, la estructura de la familia ha cambiado su vida y pensamiento y si bien la Constitución en el artículo 67 señala que el Estado le protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de esos fines, éste mismo artículo reconoce que la familia se constituye por vínculos jurídicos o de hecho y se basan en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes; y esto el legislador constituyente lo ha

³⁷CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012. Pág. 53

³⁸ Ibídem (34) Pág. 53-54

señalado frente a la realidad social en que vive la humanidad, con permanente cambio y evolución, dándose una transformación al derecho de familia que es consecuencia lógica de los cambios sociales y el Ecuador sin duda alguna es un ejemplo de una realidad social que no se ve en otros países.

En el artículo 69 nos habla de la maternidad y paternidad responsables, así como de corresponsabilidad compartida entre el padre y la madre, al respecto manifiesta:

“Art. 69.- *Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:*

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; 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.

4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.”³⁹

Según este artículo pone en igualdad de deberes y derechos a padres y madres y al momento de manutención ambas partes deben aportar con la misma cantidad para la crianza del infante sin tomar en cuenta que la madre,

³⁹ Ibídem (34) Pág. 32

en la mayoría de los casos, se encarga del cuidado del menor y esta actividad no se reconoce económicamente; esto es se reconoce la corresponsabilidad compartida entre los progenitores. Esto conlleva a que ambos padres deben darles a sus hijos, no solo su preservación, vigilancia y seguimiento de un buen cuidado, sin afecto, que se entrega con compartimiento de gran tiempo, cariño, ternura y protección, sin poderse alegar que uno debe dar más que el otro por tener la custodia y tenencia, ni porque uno de ellos tiene mejor situación económica o intelectual.

4.3.3 LEY REFORMATORIA AL TÍTULO V, LIBRO II DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Art. Innumerado 2.- del Art. (127) Del derecho de alimentos nos dice: *“El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios.”*⁴⁰

La relación parento-filial implica períodos de alternancia, la facultad de acceder al niño cuando se encuentre enfermo, que el hijo comparta en la época vacacional con ambos progenitores, en las festividades de fin de año, en los cumpleaños de los padres y coparticipar en su propio cumpleaños y especialmente ambos padres podrán sin más en las actividades programáticas como extra-programáticas que digan relación directa e indirecta con el ejercicio educacional de los hijos comunes, como asimismo en las circunstancias en que la salud e integridad de los hijos estén

⁴⁰Corporación de Estudios y Publicaciones. LEY REFORMATORIA AL TÍTULO V, LIBRO II DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, , Quito – Ecuador, 2012. Pág. 32

enfermos y/o hospitalizados. Lo propende es la integración activa de ambos progenitores en el ámbito de la salud y educacional, al constituirse en apoderados y convertirse en protagonistas en el proceso educacional de los hijos. Así como también, la importancia coparental en el régimen de residencia con todos los hijos, respecto que durante el período de la lactancia, el lactante quede al cuidado materno, contando con la presencia cotidiana del padre, con la posibilidad de tener un tiempo de convivencia en acuerdo solo en cuanto a las fechas y no en cuanto a la cantidad de tiempo.

Art. Enumerado 5 del Art. (130) Obligados a la prestación de alimentos.- Nos dice: *“Los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad”*⁴¹

La norma plantea que el padre y la madre, biológicos o adoptivos son los titulares principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad. Sin embargo, en caso de ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado por quien lo alega, la autoridad competente ordenará que la prestación de alimentos sea pagada por uno o más de los obligados subsidiarios en su orden: los abuelos/as; los hermanos/as que hayan cumplido dieciocho años, los tíos/as. Para el desarrollo de este punto he considerado conveniente analizar legislaciones en materia de la custodia compartida de países que están acorde con nuestra realidad más próxima.

⁴¹ Ob. Cit. (40)

4.4 ESTUDIO DE LA LEGISLACION COMPARADA

Para el desarrollo de la presente investigación he creído conveniente analizar las legislaciones tanto la colombiana así como también la Costarricense. Como es la materia de la custodia compartida de países que están acorde con nuestra realidad en lo referente a la obstaculización de las visitas.

4.4.1 LEGISLACIÓN COLOMBIANA

En Colombia existe la Ley No. 249, por medio de la cual se establece el régimen de Custodia Compartida de los hijos menores, la cual en su parte pertinente manifiesta:

“Artículo 1º. Custodia y Cuidado personal de los Hijos. La Custodia y Cuidado Personal de los hijos corresponde de consuno a los padres sea al padre o madre sobreviviente.

Artículo 9º. Incumplimiento del Régimen de custodia compartida. El progenitor que incumpla el régimen de custodia compartida perderá la Tuición de sus hijos, según la evaluación que para el caso efectúe el Juez de Familia e incurrirá en el delito de ejercicio Arbitrario de la Custodia.”⁴²

El Artículo 10º. El artículo 230 A del Código Penal de Colombia, establece:

“ARTÍCULO 230-A. EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD. El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, incurrirá, por

⁴²LEY NO. 249, Colombia.

ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De igual forma se aplicaran las penas previstas en este artículo al progenitor que valiéndose de la custodia, utilice o manipule a sus hijos menores para obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor.”⁴³

4.4.2 LEGISLACIÓN COSTA RICA

Según el Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica, manifiesta:

“Artículo 167°- Conflictos dirimibles ante centros de mediación. Los conflictos sobre la custodia de personas menores de edad, y el régimen de visitas, alimentos o cualquier otro que no requiera la intervención judicial, podrán ser dirimidos ante los centros de mediación y podrán hacerse valer ante el juez respectivo, siempre que no se vulneren los derechos de este grupo y se trate de derechos disponibles entre las partes con las garantías procesales de defensa, audiencia y asistencia técnica para estas personas”⁴⁴

Con la finalidad de evitar se haga mal uso de la custodia compartida por parte de uno de los progenitores, se han establecido sanciones de tipo penal que impone penas privativas de la libertad y multa, lo que permite regular de mejor manera esta figura legal, como es la custodia de los menores de 18 años. A diferencia de nuestra legislación donde no existe una norma que regule esta arbitrariedad que emplea el progenitor que tiene la custodia de los menores violando los derechos del menor a tener una afectividad de ambos progenitores.

⁴³ CODIGO PENAL, Colombia.

⁴⁴ Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica, Pág. 44

Así mismo podemos determinar un precedente importante de esta legislación costarricense que para poder incorporar un mejor servicio hacia la niñez, debe obligarse a los progenitores acudir a un centro de mediación y arbitraje. En cambio en nuestra legislación ecuatoriana, nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, en su Art. 125, sólo se especifican respecto de la retención indebida por parte del progenitor que no tiene la custodia del niño, pero no establece sanciones contra el progenitor que tiene la custodia de los hijos, cuando obstaculiza o no facilita el régimen de visitas, como que si tuviéramos demasiado tiempo del acudir al Juez, sólo por el hecho de querer visitar al hijo/a, por cuanto la progenitora que tiene la custodia se niega hacerlo.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

La presente investigación la he desarrollado de acuerdo a las pautas que se encaminan dentro del proyecto de investigación, el mismo que fue aprobado por el director que me fue designado; en sí voy brevemente a describir los métodos y materiales que utilice en el camino, desarrollo de este informe final.

Dicha investigación se inició primeramente con observación y delimitación del problema a resolver al cual fue elaborado de acuerdo a una recopilación de información, donde busque dentro de un universo de estudio la temática, el mismo que está en referencia al objeto de transformación, para ello se utilizó al Método Científico, en donde encontré teorías doctrinarias de autores de gran relevancia al conocimiento lógico del problema investigado; además, recurrí a la aplicación de los métodos inductivo y deductivo analizando todos los contenidos que se tomen en cuenta para este trabajo, mediante la interpretación de problemas que fueron recopilados de la información bibliográfica; utilicé el método exegético que es el estudio de las normas jurídicas. Este cuerpo de información se lo constituyó de acuerdo al procedimiento de recolección bibliográfica, el mismo que se utilizó fichas bibliográficas, en el que se destacó las fuentes de información esto es conceptos principales de la problemática, de lo que es el régimen de visitas para el progenitor que no tiene la custodia, también se ha destacado información sobre la problemática que existe entre el progenitor que tiene la custodia y el que no la tiene, vulnerando los derechos de visita, limitando los lazos de afinidad que se debe tener con el progenitor que no tiene la

custodia, la información descrita anteriormente fue consultada e investigada dentro de las fuentes de acceso tales como: La fuente de información informática como es el Internet y las bibliotecas directas, en especial la Universidad Nacional de Loja, del Área Jurídica Social y Administrativa de la Carrera de Derecho, Así como también la del Municipio de Loja, donde se realizó un análisis jurídico de manera análoga a las leyes ecuatorianas en relación a la problemática, concluimos esta primera parte para adentrarnos a lo que se refiere a la comparación del derecho, en lo referente a la legislación internacional, la misma sustraída de páginas Web del Internet de Colombia como es: la ley Nro. 49 de Colombia y la de Costa Rica. Posteriormente a ello, entre en una investigación de campo donde aplique, técnicas de la encuesta y de la entrevista, la técnica que fue utilizada en la encuesta, se la práctico una encuesta a treinta abogados de libre ejercicio de la profesión de la ciudad de Loja, y una entrevista a tres funcionarios inmersos dentro del campo de la Niñez y Adolescencia, dejando entrever que para la realización de esto se utilizó fichas bibliográficas y nemotécnicas de apuntes de mayor relevancia que caracterizan a la problemática que estudie, en las encuestas y entrevistas las preguntas se realizaron de conformidad a los objetivos e hipótesis propuesto en el proyecto, el formato de la encuesta fue diseñada con ocho preguntas de carácter cerrada, y se la aplico en un formato de encuesta, para que lo llenen con sus conocimientos, para su análisis se hizo una tabulación del total de los resultados de cada pregunta obteniendo su respectivo porcentaje, en las entrevistas aplicadas se elabora un interrogatorio de cuatro preguntas, las mismas que fueron las

preguntas de carácter abierto, y se entrevistó personalmente; lo que me es factible dado que me permite corroborar mis objetivos y verificar la hipótesis propuesta, finalmente con esto pude desencadenar mis conclusiones y recomendaciones y con ello proponer una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, en sus Artículos 125 y 112.

Los métodos y técnicas aplicadas y explicadas en esta metodología, la realice personalmente en esta tesis, de la cual dispuse del suficiente tiempo necesario; las encuestas y entrevistas fueron aplicadas en la primera y segunda semana de Agosto del 2014, los resultados de la encuesta los presenté con cuadros comparativo en la parte numérica y porcentual y con un gráfico estadístico y a la entrevista la representé siguiendo la secuencia del formato.

6. RESULTADOS

6.1 Resultados de la aplicación de las encuestas.

Con la finalidad de obtener información veraz y oportuna de la población investigada; de acuerdo como fue planteada en la metodología del proyecto de tesis previo a optar el título de Abogado, debidamente aprobado, Utilicé como técnicas: la encuesta contenida en nueve interrogantes que fueron dirigidas a un universo de treinta personas, como son abogados en libre ejercicio profesional de Loja. De la misma forma apliqué las entrevistas dirigidas a funcionarios inmersos en temas de Niñez y Adolescencia, como es el Consejo Cantonal de Niñez y Adolescencia, a Jueces destacados de Nuestra Ciudad y Provincia de Loja. Inquietudes me permitieron obtener información valiosa sobre el problema planteado.

Las encuestas y entrevistas están elaboradas basándose en los objetivos e hipótesis del proyecto de tesis de abogada y que una vez interpretadas y analizadas, podré determinar si se cumplen con los objetivos planteados y la contratación de la hipótesis.

Primera Pregunta:

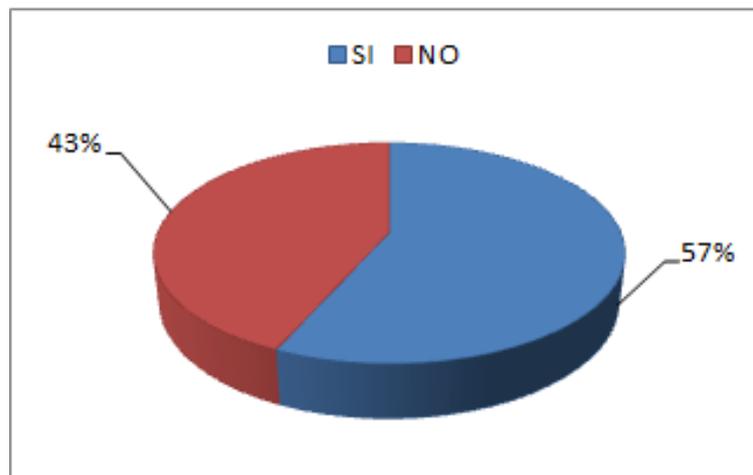
1.-¿Considera que las disposiciones legales en contra de la obstaculización al régimen de visitas expuestas por el juez, como medidas urgentes, son cumplidas efectivamente?.

CUADRO Nro. 1

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	17	57%
NO	13	43%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados Loja
AUTOR : Jakeline Arévalo

Grafico Nro. 1



ANALISIS

De los treinta encuestados de las cuales los 17 que representa el 57% contestaron que hay obstaculización al régimen de visitas expuestas por el Juez y 13 que representa el 43% indicaron que no.

INTERPRETACIÓN

Que los señores profesionales del derecho en libre ejercicio profesional, manifiestan que si hay problemas por parte del progenitor que tiene la

custodia del menor al no brindar facilidades para el otro progenitor que no la tiene la custodia visite a su hijo/a. Mientras otros expresan que no hay inconvenientes.

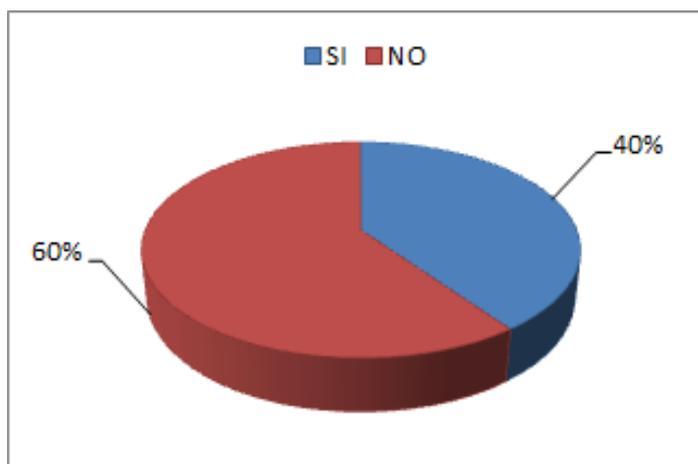
2.- ¿En el Ecuador se pone en práctica medidas sancionatorias para el progenitor que obstaculice el régimen de visitas previstas en el código de la niñez y adolescencia?

CUADRO Nro. 2

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	12	40%
NO	18	60%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados - Loja
AUTOR : Jakeline Arévalo

Grafico Nro. 2



ANALISIS

De los treinta encuestados de las cuales los 12 que representa el 40% contestaron que si se pone en práctica medidas sancionatorias para el progenitor que obstaculice el régimen de visitas y 18 que representa el 60% manifestaron que no se pone en práctica.

INTERPRETACIÓN

El 60% de los profesionales del derecho, manifiestan que no se pone en práctica medidas sancionatorias para el progenitor que obstaculiza el régimen de visitas, razón por la cual justifico que se está vulnerando de manera flagrante las garantías y principios constitucionales, cuando cuando se deniega la visita al progenitor que no tiene la custodia del menor.

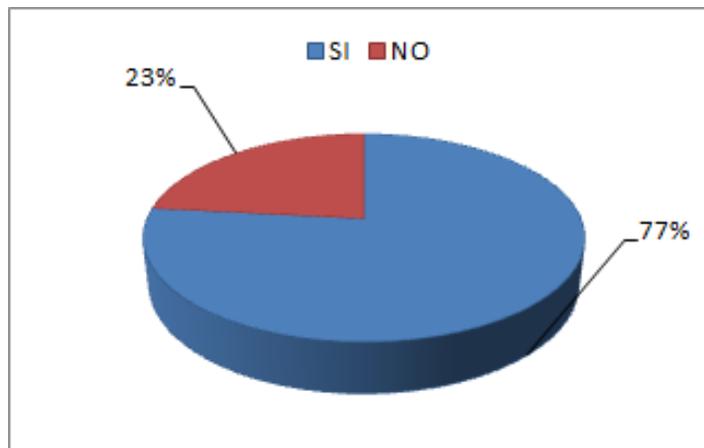
3.-¿debe establecerse de manera clara en el código de la niñez y adolescencia, medidas contra el progenitor que obstaculice el régimen de visitas?

CUADRO Nro. 3

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	23	77%
NO	7	23%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados Loja
AUTOR : Jakeline Arévalo

Grafico Nro. 3



ANALISIS

De los treinta encuestados de las cuales los 23 que sí, representando el 77% mientras que y 7 personas contestaron que no, dándonos un total del 23%.

INTERPRETACIÓN

Del criterio de los profesionales encuestados, un porcentaje mayor al 77% indican que es necesario que se establezca de manera clara en el Código de la Niñez y Adolescencia, medidas contra el progenitor que obstaculice el régimen de visitas, evitando de esta manera una discriminación hacia el otro progenitor que no tiene la custodia. Y en un mínimo porcentaje manifiestan que no es necesario.

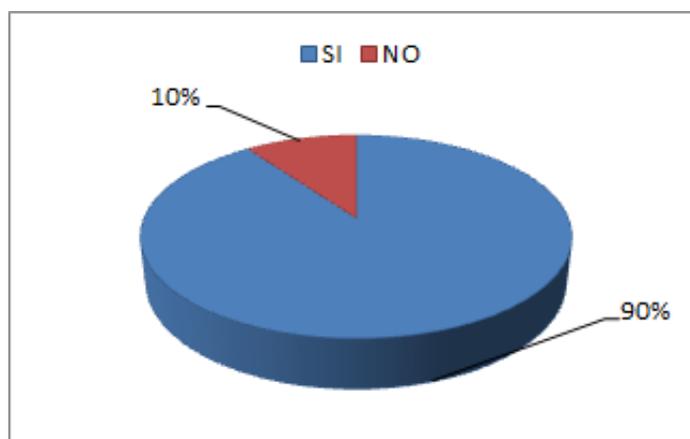
4.- Al no prestarse facilidades por parte del progenitor que tiene la custodia del hijo/s, al otro progenitor, estaría causándose un problema psicológico en los hijos/s.

CUADRO Nro. 4

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90%
NO	3	10%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados Loja
AUTOR : Jakeline Arévalo

Grafico Nro. 4



ANALISIS

De los treinta encuestados de las cuales los 27 que representa el 90% contestaron que si se estaría causando problemas psicológicos a los niños y 3 que representa el 10% indicaron que no son afectados de manera psicológico.

INTERPRETACIÓN

De la pregunta propuesta a los profesionales el 90% manifiestan que si se está causando un problema psicológico en los niños y un 10% revelan que no. La manipulación que ejerce una madre que tiene la custodia de su hijo, no tiene límites, tanto así que tal manipulación causa daño moral y psicológico en el menor, a tal punto de hacerle llegar a una confusión y por ende al odio hacia el otro progenitor.

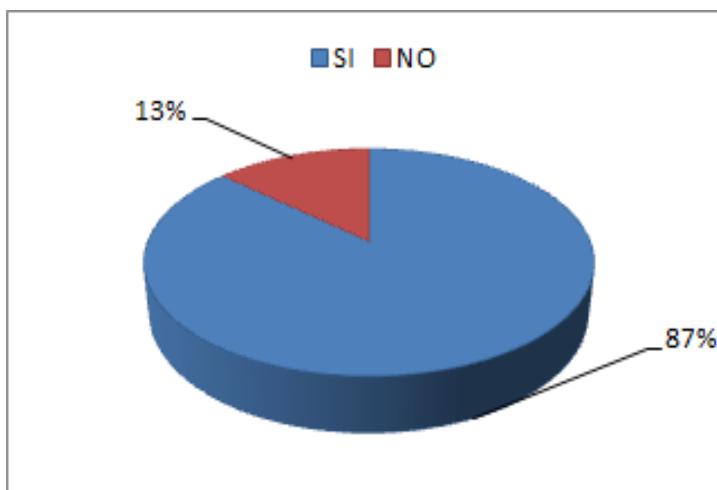
5.-¿considera usted, que al no prestar las facilidades de visita de los hijos, por parte del cónyuge que tiene la custodia, estaría influyendo en la rebeldía de los mismos?

CUADRO Nro. 5

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	26	87%
NO	4	13%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados Loja
AUTOR : Jakeline Arévalo

Grafico Nro. 5



ANALISIS

De los treinta encuestados de las cuales los 26 que representa el 87% contestaron que si está influyendo en la rebeldía de los hijos y 4 que representa el 13% consideraron que no.

INTERPRETACIÓN

El 87% de los profesionales del Derecho en libre ejercicio profesional, consideran que al no prestar las facilidades de visita de los hijos, por parte del cónyuge que tiene la custodia, estaría influyendo en la rebeldía de los mismos, demostrándonos que cuando un hijo crece en un ambiente disfuncional no tiene una estabilidad emocional, corre el riesgo de no elegir el camino correcto durante su vida.

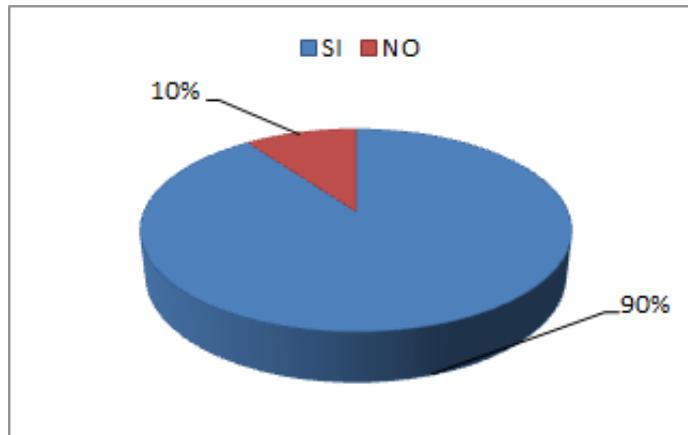
6.-¿El código de niñez y adolescencia, debería determinar sanciones en contra del cónyuge que obstaculiza el régimen de visitas y no limitarse a realizar actos urgentes como en el caso de un allanamiento?

CUADRO Nro. 6

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90%
NO	3	10%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados - Loja
AUTOR: Jakeline Arévalo

Grafico Nro. 6



ANALISIS

De los treinta encuestados de las cuales los 27 que representa el 90% contestaron que si se debería determinar sanciones en contra del otro cónyuge que obstaculiza el régimen de visitas y no limitarse a realizar actos urgentes como en el caso de un allanamiento; y 3 que representa el 10% indicaron que no es necesario.

INTERPRETACIÓN

De la información recopilada por los encuestados, en un 90% se manifiestan que debe existir sanciones en contra del cónyuge que obstaculiza el régimen de visitas y no limitarse a realizar actos urgentes como en el caso de un allanamiento.

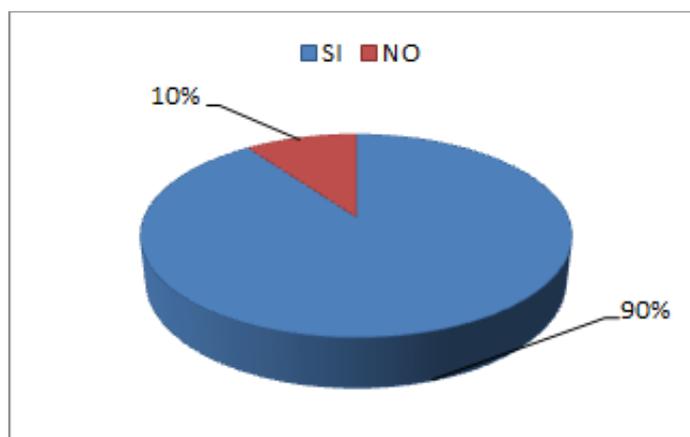
7.-¿Al no considerarse medidas sancionatorias, en contra del cónyuge que obstaculiza el régimen de visitas se estaría dejando que éste acto de rebeldía quede impune?

CUADRO Nro. 7

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90%
NO	3	10%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados - Loja
AUTOR : Jakeline Arévalo

Grafico Nro. 7



ANALISIS

De los treinta encuestados de las cuales los 27 que representa el 90% contestaron que si se estaría dejando que éste acto de rebeldía quede impune y 3 que representa el 10% indicaron que no es necesario.

INTERPRETACIÓN

De acuerdo al criterio de los profesionales encuestados, en libre ejercicio profesional, consideran que el 90% se estaría dejando que este acto de rebeldía quede impune. Siendo importante sentar un precedente al considerar medidas sancionatorias al progenitor que obstaculice el régimen de visitas al que no lo tiene.

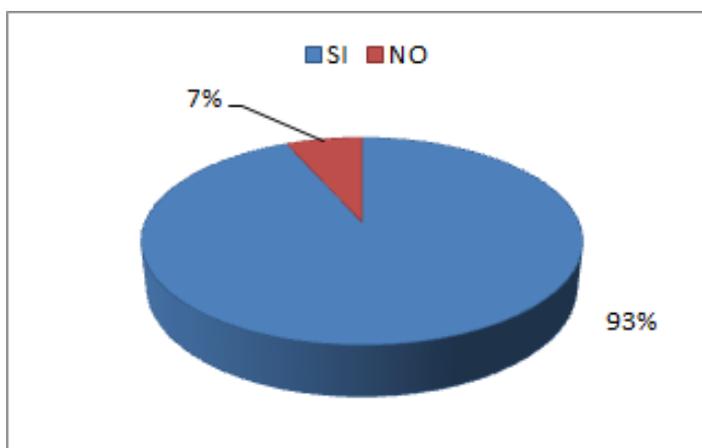
8.-¿Al establecerse una obstaculización al régimen de visitas de los hijos, por parte del cónyuge que tiene la custodia, causaría alejamiento de afectividad, con el otro progenitor?.

CUADRO Nro. 8

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93%
NO	2	7%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados - Loja
AUTOR : Jakeline Arévalo

Grafico Nro. 8



ANALISIS

De los treinta encuestados de las cuales los 28 que representa el 93% contestaron que si se estaría causando un alejamiento de afectividad, con el otro progenitor y 2 que representa el 7% indicaron que no.

INTERPRETACIÓN

Que los señores profesionales en libre ejercicio de la profesión, indicaron que se está causando alejamiento de afectividad, con el otro cónyuge, representando un 93%. Indicándonos que al establecerse una obstaculización al régimen de visitas, se está causando alejamiento de afectividad con el otro progenitor, siendo los más perjudicados los menores.

9.-considera necesario que debería existir un proyecto de ley reformatoria, al código de la niñez y adolescencia, en los art. 125 y 112, para que se determine de manera concreta sanciones para el progenitor que tiene a cargo de sus hijos, cuando éste obstaculice el régimen de visitas.

CUADRO Nro. 9

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	29	97%
NO	1	3%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados - Loja
AUTOR : Jakeline Arévalo

Grafico Nro. 9



ANALISIS

El modelo estadístico utilizado permite conocer que 29 encuestados realizados a los Abogados en Libre Ejercicio de la Profesión de la ciudad de Loja, que representa el 97% pertenece al criterio que tiene incidencia en que es necesario determine de manera concreta sanciones para el progenitor que tiene a cargo de sus hijos, cuando éste obstaculice el régimen de visitas, mientras que un encuestado que representa el 3% indicaron que no es necesario.

INTERPRETACIÓN

Del universo investigado, se determina que de acuerdo al criterio de la población realizado a los Abogados de Libre Ejercicio de la Profesión en la ciudad de Loja, se han pronunciado con un valor porcentual mayoritario del 97%, manifestaron que debería existir un proyecto de Ley Reformatoria Al Código de la Niñez y Adolescencia, en los Art. 125 y 112 a fin de determinar

sanciones para el progenitor que obstaculice el régimen de visitas, por lo que esta pregunta me es factible a mi problema investigado.

6.2 Resultados de la Aplicación de las Entrevistas

Las entrevistas fueron aplicadas a tres funcionarios conocedores dentro del campo de la niñez y adolescencia, de conformidad al interrogatorio de preguntas de carácter abierto, referente a la problemática expuesta en la presente investigación, tratando con ello de dar respuesta a la hipótesis propuesta; acorde a las respuestas referidas por nuestros entrevistados, tenemos los siguientes criterios:

Primera Pregunta

¿Considera que las disposiciones legales en contra de la obstaculización al régimen de visitas expuestas por el Juez, como medidas urgentes, son cumplidas efectivamente?

Respuesta

Los entrevistados contestaron lo siguiente: “Considero que en la realidad actual no se cumple, por cuanto queda al capricho y voluntad de quien tiene la custodia protección y patria potestad, debiendo tomar en consideración otras necesidades coercitivas para el fiel cumplimiento a la medida dictada por el juez, ”.

Segunda Pregunta

¿Piensa que se debe establecerse de manera clara en el Código de la Niñez y Adolescencia, medidas contra el progenitor que obstaculice el régimen de visitas?

Respuesta

Efectivamente se debe establecer medidas claras y efectivas en contra del progenitor que tiene la custodia e incumple la orden encomendada por el juez, como es el derecho que tiene el otro progenitor a visitar a sus hijos y el otro cónyuge por venganza o por cualquier razón impide el acercamiento afectivo entre el padre o madre con sus hijos.

Tercera Pregunta

¿Al no considerarse medidas sancionatorias, en contra del cónyuge que obstaculiza el régimen de visitas se estaría dejando que éste acto de rebeldía quede impune?

Respuesta

En realidad esto sucede por cuanto queda a disposición del cónyuge que no tiene la custodia de sus hijos, si deja a voluntad de quien obstaculiza el régimen de visitas que estos actos produzcan, por cuanto en la ley no existe una norma clara, donde se pueda sancionar al progenitor que impide el derecho al otro cónyuge de visitar a sus hijos, si bien como medida no va más allá de un allanamiento, lo que sería sentar un precedente, evitando traumas psicológicos en los menores que sin tener la culpa son víctimas de

los padres que por sus problemas de pareja, afectan el desarrollo afectivo y social del menor.

Cuarta Pregunta

Considera necesario que debería existir un proyecto de Ley Reformativa, al Código de la Niñez y Adolescencia, en los Art. 125 y 112, para que se determine de manera concreta sanciones para el progenitor que tiene a cargo de sus hijos, cuando éste obstaculice el régimen de visitas.

Respuesta

Considero importante reformar el Art. 112 y 125 del Código de la Niñez y Adolescencia para quien obstaculice el régimen de visitas sea cual fuere el cónyuge de no dar cumplimiento a las disposiciones del Juez de Familia, sea sancionado. Y evitar de esta manera que se rompa los lazos de afectividad con el progenitor que no tiene la custodia.

7. DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

En el presente trabajo, se ha propuesto un objetivo general y cinco objetivos específicos los cuales se verifican totalmente en los siguientes términos:

7.1.1 OBJETIVO GENERAL

- ***Estudiar qué tipo de circunstancias y sanciones pueden determinarse cuando la persona que tiene la custodia de su hijo/s, no presta las facilidades para que el otro cónyuge pueda visitar a sus hijos en privado o inculca mal ejemplo a su hijo/s de su otro progenitor.***

De la información recolectada de mi investigación, me ha servido para realizar un estudio crítico sobre el vacío legal, que es cuando él o la progenitora que tiene la custodia no quiere dejar ver a sus hijos pese a que existe una orden judicial del régimen de visitas, ya que como hemos visto la retención indebida si es aplicable medidas de coerción frente a quien la aplicó, pero que sucede en el caso de que no cumple la orden de dejar ver a sus hijos pese a que existe una orden judicial, nuestra legislación ecuatoriana no determina de manera fehaciente cual sería la sanción o sanciones que obtendría cuando pese al requerimiento dado por el juez persiste su negativa de obstaculizar el régimen de visitas. También en esta investigación hago constar la recopilación doctrinaria donde existe este tipo de vacío legal; y finalmente he realizado un estudio jurídico, crítico, y doctrinario acerca del tipo de circunstancias y sanciones, que lo he comprobado tanto en la legislación Colombiana como la Costarricense, en

donde existen sanciones para la progenitora o progenitor que obstaculice el régimen de visitas de sus hijos/as.

7.1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Los objetivos específicos planteados en la investigación fueron:

Establecer conceptualmente cuáles son las situaciones que le lleva al progenitor de su hijo que tienen la custodia, a tener discordancia para no dejar ver a sus hijos con el otro cónyuge.

Durante mi investigación he realizado un estudio minucioso, tanto a la doctrina existente en relación con el problema instigado como consta en el acápite 4.2.2, donde describo la manipulación que ejerce el progenitor que tiene la custodia de los hijos/as, conocido como síndrome de Alienación Parental, por medio del cual uno de los progenitores manipula a sus hijos. Así mismo en el acápite 4.2.3 donde describo que una manipulación empieza cuando uno de los progenitores cuenta a sus hijos cosas malas del otro progenitor y en el 4.2.4 donde describo que muchas de las veces esa manipulación se convierte en violencia física o mental dentro de la familia, de los hijos contra uno de los progenitores o contra sus propios o familiares, que la mayoría de los casos son utilizados como un arma ofensiva o defensiva contra el otro progenitor.

Describir las formas como influye los malos ejemplos que le inculca el progenitor que tiene la custodia de sus hijo/s en contra de su otro progenitor.

En lo referente a este objetivo debo manifestar que este objetivo lo cumpla también en el acápite 4.2.3 cuando el progenitor que tiene la custodia cuenta a sus hijos cosas malas del otro progenitor, sean verdades, mentiras o medias verdades donde casi siempre equivalen a mentiras, manipulando para así el niño/a se quede viviendo sea con el padre o la madre, incluso con promesas falsas de regalos y prebendas.

Determinar a través del derecho comparado, sanciones que se pueda aplicar a las personas que no prestan facilidades para que el otro progenitor pueda visitar a sus hijos.

En lo que respecta a este objetivo lo he sabido corroborar en el acápite 4.4.1 donde tanto en la legislación Colombiana como en la Costarricense existen sanciones hasta con prisión de uno a tres años en el caso de la legislación colombiana y en cuanto a la Costarricense pueden ser ventilado ante los centros de mediación y podrán hacerse valer ante el juez en caso de que exista una obstaculización al régimen de visitas.

Concluir y Recomendar aspectos importantes para que se pueda dar una mejor vinculación respecto al entendimiento que debe tener el progenitor que tienen en custodia a sus hijo/s con el otro progenitor.

Este objetivo lo cumpla en el acápite 4.2.8 donde se establece que para un adecuado régimen de visitas se debe tomar en cuenta la edad de los menores, cada etapa evolutiva tiene necesidades a la hora de establecer la frecuencia y duración de las visitas. Así como también en el acápite 8 y 9

donde doy a conocer las conclusiones y recomendaciones propuestas para llegar a una mejor vinculación respecto al entendimiento que debe tener el progenitor que tiene la custodia de sus hijos/as respecto al otro progenitor.

Plantear un proyecto de reforma de ley para que se incorpore sanciones en el Art. 125 y 112 del Código de la Niñez y Adolescencia, respecto del progenitor que tiene a cargo la custodia de sus hijos y no quiere prestar facilidades para dejar visitar a sus hijo/as al otro progenitor en privado o le inculque mal ejemplo.

En lo que tiene que ver a este objetivo, he planteado una propuesta de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, en cuanto a la suspensión provisional de la patria potestad por retención indebida del hijo o hija al obstaculizar el régimen de visitas conforme al art. 125 y 112 del código de la niñez y adolescencia, ya que como se encuentran estructurados permite que se violente los derechos, niñas y adolescentes, consagrados en la Constitución de la República del Ecuador y los Principios Fundamentales del Código de la Niñez y Adolescencia.

7.2. CONTRASTACION DE HIPÓTESIS

La retención indebida del hijo/a al obstaculizar el régimen de visitas previstas en el Código de la Niñez y Adolescencia, perjudicaría al otro progenitor psicológicamente y estaría siendo rechazado por su hijo.

En lo que tiene que ver a la hipótesis planteada que anteriormente dejo anotada la cual he comprobado tanto científica como empírica en el

desarrollo de la revisión literaria, donde describo temas de vital importancia y relevancia como es: retención indebida, la manipulación de los hijos por parte de los progenitores que tiene la custodia, cuando empieza una manipulación, la manipulación es un maltrato, adecuado régimen de visitas; además describo las sanciones que se le dan al progenitor que obstaculiza el régimen de visitas en comparación con la nuestra que no la hay; además me ha sido confirmada en la encuesta aplicada en la investigación de campo, que en todas las preguntas han estado a mi favor en un porcentaje mayor al 97% lo que confirma que mi problemática y a ésta hipótesis, las mismas que fueron planteadas a treinta abogados en libre ejercicio de esta ciudad de Loja, con un resultado porcentual total de la encuesta aplicada de un 82,33%.en la entrevista que he planteado lo he hecho a tres funcionarios conocedores dentro del campo de la Niñez y Adolescencia de la ciudad de Loja, todas estas personas concluyen que el derecho de visitas hacia el otro progenitor no se cumple debiendo tomar otras medida coercitivas para el fiel cumplimiento a la medida dictada por el juez, por cuanto impide el acercamiento afectivo entre el padre o madre con sus hijos.

8. CONCLUSIONES

Una vez terminada la investigación, puedo concluir indicando lo siguiente:

- ❖ El progenitor que tiene la custodia del menor, no brinda las facilidades para que el otro progenitor, que no la tiene la custodia visite a su hijo/a. generando inconvenientes para un adecuado régimen de visitas.
- ❖ Que no se pone en práctica medidas sancionatorias para el progenitor que obstaculiza el régimen de visitas, razón por la cual justifico que se está vulnerando de manera flagrante las garantías y principios constitucionales, cuándo se deniega la visita al progenitor que no tiene la custodia del menor.
- ❖ Que es necesario que se establezca de manera clara en el Código de la Niñez y Adolescencia, medidas sancionatorias contra el progenitor que obstaculice el régimen de visitas, evitando de esta manera una discriminación hacia el otro progenitor que no tiene la custodia.
- ❖ Que la manipulación es un maltrato que la madre realiza frente a su hijo, que tiene la custodia, tanto así que tal manipulación causa daño moral y psicológico en el menor, a tal punto de hacerle llegar a una confusión y por ende al odio hacia el otro progenitor.
- ❖ Que al no prestar las facilidades de visita de los hijos, por parte del cónyuge que tiene la custodia, está influyendo en rebeldía demostrándonos que cuando un hijo crece en un ambiente

disfuncional no tiene una estabilidad emocional y por ende correría el peligro de no elegir el camino correcto de su vida.

- ❖ Que se debe establecer sanciones contra del cónyuge que obstaculiza el régimen de visitas y no realizar actos urgentes como el caso de un allanamiento.
- ❖ Al no establecerse medidas sancionatorias, en contra del cónyuge que obstaculiza el régimen de visitas se estaría dejando que éste acto de rebeldía quede impune, lo cual sería importante sentar un precedente considerar medidas sancionatorias al progenitor que obstaculice el régimen de visitas al que no lo tiene.
- ❖ Al obstaculizar el régimen de visitas, se está causando alejamiento de afectividad con el otro progenitor, siendo los más perjudicados los hijos/as.
- ❖ Que el 97%, manifestaron quedearría existir un proyecto de Ley Reformativa Al Código de la Niñez y Adolescencia, en los Art. 125 y 112 a fin de determinar sanciones para el progenitor que obstaculice el régimen de visitas, evitando que se vulneren los derechos de los menores a tener una afectividad hacia el otro progenitor que esta ausente.
- ❖ Que el derecho de visitas de sus hijos/s del progenitor que no tiene la custodia no se cumple, por cuanto queda al capricho y voluntad de quien tiene la custodia protección y patria potestad, debiendo tomar otras necesidades coercitivas para el fiel el cumplimiento de la misma.

- ❖ Que se debe establecer medidas claras y efectivas en contra del progenitor que tiene la custodia, ya que también el otro progenitor tiene el derecho a visitar a sus hijos/as; y el otro progenitor sea por venganza u capricho impide el acercamiento efectivo sea del padre o la madre con sus hijos/as.
- ❖ Que es de vital importancia reformar el Art. 112 y 125 del Código de la Niñez y Adolescencia para quien obstaculice el régimen de visitas sea cual fuere el cónyuge de no dar cumplimiento a las disposiciones del Juez de Familia, sea sancionado. Y evitar de esta manera que se rompa los lazos de afectividad con el progenitor que no tiene la custodia.

9. RECOMENDACIONES

- Que la Asamblea Nacional, Reforme el Art. 125 y 112 del Código de la Niñez y Adolescencia ya que como se encuentra estructurado permite que se vulnere los derechos, niños/as y adolescentes, cuando el progenitor que tiene la custodia no quiere dejar ver a su hijo/s al progenitor que no tiene la patria potestad.
- Que la Universidad Nacional de Loja, a través, de la Carrera de Derecho motive este tipo de investigaciones, en especial del campo del derecho de familia, para con ello, se aporte a que exista normas justas en procura del buen vivir, y no se cometa injusticia lesionando los derechos de los niños/as.
- Que el Gobierno Autónomo Descentralizado del Municipio de Loja, a través del Consejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia promueva charlas en la pareja a fin de evitar las consecuencias que acarrea en los hijos cuando no tienen la afectividad de ambos conyugues.
- Que se someta a los padres de familia que optan por separarse a un tribunal de mediación a fin de lleguen a un mejor entendimiento de la manera como va ser el régimen de visitas, del otro progenitor que no tiene la custodia, a fin de evitar la menor afectación posible en los niños/as.

- Sugiero a la Federación Nacional de Abogados y específicamente al Colegio de Abogados de Loja, la realización de un amplio foro para tratar el problema jurídico de la insuficiencia normativa, respecto a la retención indebida del hijo o hija al obstaculizar el régimen de visitas conforme al art. 125 y 112 del código de la niñez y adolescencia, ya que como se encuentran estructurados permite que se violente los derechos, niñas y adolescentes, consagrados en la Constitución de la República del Ecuador y los Principios Fundamentales del Código de la Niñez y Adolescencia.

- Finalmente sugiero a los catedráticos, alumnos y egresados de la Carrera de Derecho del Área Jurídica, Social y Administrativa, y de la Modalidad presencial, de la Universidad Nacional de Loja, que se inclinen a la realización de investigaciones relacionadas con el derecho de familia. Estos estudios nos permitirán nuevos elementos para mejorar la predisposición de mejoramiento de nuestro derecho positivo.

9.1. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA QUE SUSTENTA LA PROPUESTA DE REFORMA

Como podemos observar una de las grandes temáticas de importancia que tiene la sociedad es el estudio de la familia, en la que el Estado como ente encargado de garantizar su integración regula normativas que incluyan a la misma; es en esta parte que nos vamos adentrar a sintetizar los problemas que carrear cuando un hogar llega a desintegrarse, como cuando llega al punto de divorciarse o dar por terminado la unión de hecho legalmente establecida en donde para que proceda dicha separación y poder resolver el conflicto de pareja es necesario que se deje establecido como y con quien van a quedar los hijos al momento de dicha separación, dando como resultado que uno de los progenitores tiende al alejamiento y ausencia en la relación parento-filial. Una institucionalidad familiar que se establece sobre los hijos es la patria potestad en la que de una u otra manera llevan implícitos derechos y obligaciones intrínsecos, en la que se preserva el ejercicio dual que tiene el padre y la madre sobre los hijos; siendo esta institucionalidad que cuando los padres optan por separarse se va a requerir necesariamente que alguien lleve la custodia o tenencia del niño determinando siempre que la patria potestad será ejercida por los progenitores, es en esta situación que se ventila una cuestión de voluntad propia de los padres hacia los hijos, esto es, cuando hay la necesidad que se pueda determinar respecto de la afectividad propia que deben tener los hijos con sus progenitores, por tal razón, cuando se aleja tal situación de afectividad donde se crea una desavenencia entre los progenitores, pero

concilian una situación frente a sus hijos se determina la forma como se va a llevar el régimen visitas de sus hijos por parte de la persona que no tiene a cargo la custodia de sus hijos, cuando él así lo requiera; sin embargo a ello en el estudio que se ha hecho respecto a la familia se ha tratado de determinar que no siempre existen acuerdos voluntarios entre los progenitores para que pueda existir un acercamiento comunicacional entre sus hijos más aun con aquel que no tenga la custodia, es por ello, que frente a este problema se ha buscado solucionar de una manera adecuada la comunicación que debe existir entre los progenitores y sus hijos, es así, que en este parámetro funcionalista de la familia nace lo que llamamos régimen de visitas es decir una determinación que ya no parte de la voluntad de los progenitores si no por una orden necesariamente judicial para que se puede establecer mediante esta orden las formas y el modo como se va a llevar las visitas, empero a ello, pese a existir un determinado régimen de visitas otorgado por el juez se articulan situaciones personales de los progenitores que afectan directamente a los niños, en la que el progenitor que tiene la custodia trata de inculcar situaciones inadecuadas al hijo sobre la vida de su otro progenitor, tratando con ello que el hijo rechace a su otro progenitor que no convive con él y con ello, no se pueda hacer eficiente el régimen de visitas que se ha incorporado legalmente, situación que generalmente parte por resentimiento de un ex cónyuge o ex conviviente que trae sobre el otro ex cónyuge o conviviente, sin mediar consecuencias que pueden acarrear sobre los hijos, como en el caso de trastornos mentales, odio a su progenitor que no se encuentra a su lado, venganzas personales y sobre todo

autoestima que llevará consigo por culpa de sus progenitores, convirtiéndose de esta manera que los hijos sean víctimas del rompimiento familiar. Al efectuarse lo anotado el progenitor que no tiene a cargo la tenencia de los niños como una forma de poder dar cumplimiento a las finalidades de visitas que tiene con su hijo o hijos hace suya su propia voluntad de atentar contra lo establecido en la Ley respecto de quien tiene la custodia del niño recayendo en ello una decisión de retener a su hijo, es decir, apartarlo del progenitor que tiene la custodia, convirtiéndose de esta manera en una retención indebida o por así decirlo de una manera un poco fuerte, secuestro de su propio hijo, para este efecto nuestra legislación ecuatoriana sí ha previsto medidas para que se pueda reincorporar a hijas o hijos a su hogar o la persona que mantiene la custodia, llegando incluso al punto de que de no encontrarlos a los hijos al momento de ubicarlos, la persona que tiene la retención indebida ira preso hasta que entregue al hijo que lo tiene indebidamente retenido o sea encontrado, si bien es cierto, al darse esta protección se está dando una garantía de protección cuando arbitrariamente se toma decisiones inadecuadas que por capricho o como una forma de vengarse buscan hacer daño a quien tiene la custodia del hijo o hijos. Luego de haber hecho una síntesis respecto al desacuerdo de los progenitores que tienen de sus hijos para optar por su comunicación es importante también, tratar, que como fundamento de esta investigación también dentro del ámbito de desintegración familiar, aparece otra problemática, que es cuando él o la progenitora que tiene la custodia no quiere dejar ver a sus hijos pese a que existe una orden judicial del régimen de visitas, ya que como hemos

visto la retención indebida si es aplicable medidas de coerción frente a quien la aplicó, pero que sucede en el caso de que no cumple la orden de dejar ver a sus hijos pese a que existe una orden judicial, nuestra legislación ecuatoriana no determina de manera fehaciente cual sería la sanción o sanciones que obtendría cuando pese al requerimiento dado por el juez persiste su negativa de obstaculizar el régimen de visitas.

Se ha dejado acentuado en el antecedente de la investigación, que al no existir una garantía por parte del Estado en los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por cuanto esto afectaría al Interés Superior de Niño, conforme lo establece el Art. 45 de la Constitución de la República del Ecuador, en donde se estaría dejando de lado la tutela garantista hacía la integridad de los miembros de una familia; es así, que es necesario buscarle solución al problema, de la forma como se expone en la presente investigación, porque de no darse solución inmediata al problema, se seguirá desprotegiendo los derechos a la niñez a poder ejercer dualmente una relación parental con los dos progenitores; hay que dejar recalcado que este problema al ser evidente y por cuanto existe una falta de normativa en el Código de la Niñez y Adolescencia, hace necesario una reforma, por lo tanto esta investigación tiene la calidad de ser un problema relevante y de actualidad.

Constituye entonces un imperio jurídico implementar una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, en cuanto a la suspensión provisional de la patria potestad por retención indebida del hijo o hija al obstaculizar el régimen de visitas conforme al art. 125 y 112 del código de la niñez y

adolescencia, ya que como se encuentran estructurados permite que se violente los derechos, niñas y adolescentes, consagrados en la Constitución de la República del Ecuador y los Principios Fundamentales del Código de la Niñez y Adolescencia.

En base a la normativa legal y con el sondeo empírico de encuesta aplicado en esta investigación al Foro de Abogados de Loja, es ratificada con un porcentaje de mayoritaria de población encuestada a la idea a defender, de que debe incorporarse de manera urgente un anteproyecto reformativa al Código de la Niñez y Adolescencia, para garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, esto que se garantice una debida facilidad para el régimen de visitas. Es por esta razón, que existe la necesidad imperiosa de proponer un anteproyecto de ley reformativa al Código de la Niñez y Adolescencia.

Que el deber primordial de este cuerpo legislativo, la adopción de un marco jurídico que viabilice el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, en un marco de bienestar, equidad y justicia.

LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008 determina que *“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.”*;

Que, el numeral 6 del artículo 40 de la Constitución de la República determina que es deber del Estado proteger a las familias transnacionales y los derechos de sus miembros;

Que, el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador establece la obligación del Estado de garantizar a las niñas, niños y adolescentes "su interés superior", consistente en que sus "derechos prevalecerán sobre los de las demás personas";

Que, el artículo 45 de la Constitución, dispone que los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos humanos además de los específicos de su edad. Tendrán derechos a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a tener una familia y a disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria;

Que, el artículo 46 de la misma Carta Fundamental, ordena que el Estado adoptará medidas para la protección y atención de las niñas, niños y adolescentes "*contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones*", así como, recibir atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privados;

Que, los numerales 1 y 5 del artículo 69 de la Constitución de la República indican que debe promoverse la maternidad y paternidad responsables, la obligación de los progenitores en la alimentación de los hijos e hijas y su desarrollo integral; así como la corresponsabilidad

materna y paterna y vigilar el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre progenitores hijos e hijas;

Que, el Art. 85 de la Constitución indica que *“La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: 1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad...”*

Que, EL Art. 169 de la Constitución ordena que los principios por los cuales se regirá el sistema procesal como medio para la realización de la justicia son: la simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal;

Que, de conformidad al Art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, dice: *“El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes...”*

En uso de las atribuciones que otorga el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador,

EXPIDE:

La siguiente ley reformativa al Art. 112 y 125 del Código de la Niñez y Adolescencia:

*Art. 1. – Agréguese el numeral séptimo al artículo 112, lo siguiente:

“Si el progenitor/a o quien se encuentre a cargo de la custodia de los niños, se negare por reiterada vez en la facilitación para la visita de los niños al progenitor que no tiene la tenencia de los mismos; y, que luego de haber sido oído los niños por el señor Juez y de así haber sido requerido por ellos, será causa suficiente de la suspensión de la patria potestad de quien tiene la custodia”

*Art. 2. - Agréguese al final del artículo 125 lo siguiente:

“Si el progenitor/a o quien se encuentre a cargo de la custodia de los niños, se negare por reiterada vez en la facilitación para la visita de los niños al progenitor que no tiene la tenencia de los mismos y esta sea corroborado mediante una certificación por parte del jefe del operativo de la DINAPEN, serán sancionados de conformidad al numeral 7 del Art. 112 de este código”

Disposiciones Transitorias: Deróguese todas las disposiciones legales que se opongan a la presente ley.

Disposición Final: La presente ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en la sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de San Francisco de Quito, Provincia de Pichincha, a los veintisiete días del mes de Febrero del 2015. f.) Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Nacional. – f.) Secretario de la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Nacional.

PRESIDENTE DE LA COMISIÓN LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACIÓN DE
LA ASAMBLEA NACIONAL

SECRETARIO DE LA COMISIÓN LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACIÓN DE
LA ASAMBLEA NACIONAL

10. BIBLIOGRAFÍA

1. ARRACHE M. José Gerardo. “La Institución de la Suspensión en el Juicio Constitucional de Amparo” Editorial Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VI, diciembre de 1997.
2. ÁLAVAREZ, Lasarte C. “Principios del Derecho Civil”. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2.006
3. AGUILAR, Saldivar Ahida. “Artículo Tenencia Compartida” Revista JUS Doctrina y Práctica, 1985.
4. BOSSERT, Gustavo Alberto. “Sociedad Conyugal” Tomo II 1a. edición 1977.
5. BERMÚDEZ, Tapia Manuel. “El Nuevo Derecho de Familia” Sección Especial a partir de la Jurisprudencia. Edit. San Marcos. Mayo. 2012
6. CEBRIÁN, Asociados. Editorial, Grupo S.L Divorcieitor. RPM: Madrid. 2014.
7. CEBRIÁN & ASOCIADOS. Despacho de Abogados. Divorcieitor, S.L., de Grupo Divorcieitor. Marca. Propia Registrada RPM: Divorcieitor. Junio 2008.
8. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Asamblea Nacional del Ecuador. Publicada en el Registro Oficial No. 449. del 20 Octubre del 2008.
9. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012.
10. CODIGO PENAL, Colombia.
11. CÓDIGO de la NIÑEZ y ADOLESCENCIA, de Costa Rica.

12. Diccionario de la Lengua Española (DRAE). Edición 22.^a, Publicada en 2001.
13. DUTTI, Amaranta. "Patria Potestad" Editorial, Análisis del proyecto nacional Simón Bolívar. El 7 de junio de 2011 a las 20.38
14. Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
15. DÁVILA, Wendy. Tenencia Y Régimen De Visitas - Perú" 1 de Diciembre 2013. <http://resultadolegal.com/regimen-de-visitatenencia-de-hijos/#ixzz2yQQxkwj>
16. DIAZ ALABART, Silvia. "El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados" en: Revista de derecho privado, mayo – junio de 2003.
17. Diccionario de la Lengua Española (DRAE). Edición 22.^a, Publicada en 2001.
18. DIAZ ALABART, Silvia. "El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados" en: Revista de derecho privado, mayo – junio de 2003.
19. ESCUELA PARA PADRES, MI CUMBRE. Blog de WordPress.com. El tema K2-lite. RSS Entries and RSS Comments. francisco@micumbre.com. Publicado el 19 de Diciembre del 2010.
20. DURÁN, Mera, María Augusta. "Relaciones Paternos Filiales" Naciones Unidas. Convención sobre los derechos del niño. Nueva York, 5 de diciembre de 1989. Registro Oficial 378 del 15 Febrero de 1990.

21. ECUADOR, Código de la Niñez y Adolescencia, Quito, Registro Oficial 737, de 3 de Enero del 2013.
22. ESCUELA PARA PADRES, MI CUMBRE. Blog de WordPress.com. El tema K2-lite. RSS Entries and RSS Comments. francisco@micumbre.com. Publicado el 19 de Diciembre del 2010.
23. GARCES, Lorena. Abogadas Ecuador, miembro del Colegio de Abogados de Ecuador. Especialista en Derecho Civil y Penal. Editorial. Uncategorized, julio, 2011.
24. GARCÍA, Norma Plaza. La Patria Potestad y su Evolución en el Sistema Civil Ecuatoriano. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Guayaquil Ecuador. Desarrollado por MMC Design. Revista Jurídica 2014.
25. LEIVA, FERNÁNDEZ Luis. “Derecho de Retención. Editorial”, Astrea. 17 de Junio del 2006.
26. LANDA, Trujillo Flor de Maria. “El rol del padre –La función irremplazable” Ediciones B Argentina –2001.
27. La Asamblea General, “Convención sobre los Derechos del Niño”, 20 de Noviembre de 1989.
28. LEY NO. 249, Colombia.
29. MONTSERRAT, López María. “Patria Potestad Guarda y Custodia” Edit. Divorcios Exprés. 2008.
30. Naciones Unidas. “Convención sobre los derechos del niño”. Nueva York, 5 de diciembre de 1989. Registro Oficial 378 del 15 Febrero de 1990.

- 31.**PIMENTEL, G. Palacio.“Manual de Derecho Civil” Editorial Huallaga
TOMO II. Lima, 20 de julio del año dos mil uno. pág. 896
- 32.**Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría. Edit.
Magallanes, Madrid. Impresa ISSN. 2009.
- 33.**ROBLES, Ortega Juan Pablo. “La Patria Potestad y la Tutela”
definicionlegal.blogspot.com.
- 34.**SAMANIEGO, Carlos. Asambleísta del Ecuador. “Comentario sobre
Reformas al Código de la Niñez y Adolescencia” 17 de mayo 201,
Quito-Ecuador
- 35.**SÁNCHEZ DEL RÍO, Ildelfonso. Colegio Oficial de Psicólogos del
Principado de Asturias. Edit. BlogPirr.
- 36.**ZANNONI, Eduardo: Derecho de familia, Buenos Aires, Editorial
Astrea, 1989.
- 37.**SÁNCHEZ DEL RÍO, Ildelfonso. Colegio Oficial de Psicólogos del
Principado de Asturias. Edit. BlogPirr.

11. ANEXOS

Anexo Nro. 1



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO**

ENCUESTA

Señores Abogados/as de Foro de Abogados de Loja:

Con la finalidad de culminar los estudios académicos, llego a usted de la manera más comedida, se digno llenar una encuesta, la misma que servirá para cuestiones académicas. Seguro de su valioso criterio y amplio conocimiento, la misma que servirá, para recopilar información sobre “Suspensión provisional de la patria potestad por retención indebida del hijo o hija al obstaculizar el régimen de visitas conforme al art. 125 y 112 del código de la niñez y adolescencia.”, desde ya le agradezco su colaboración.

1.- ¿Considera que las disposiciones legales en contra de la obstaculización al régimen de visitas expuestas por el Juez, como medidas urgentes, son cumplidas efectivamente?

SI ()

NO ()

2.- ¿En el Ecuador se pone en práctica medidas sancionatorias para el progenitor que obstaculice el régimen de visitas previstas en el Código de la Niñez y Adolescencia?

SI ()

NO ()

3.- ¿Debe establecerse de manera clara en el Código de la Niñez y Adolescencia, medidas contra el progenitor que obstaculice el régimen de visitas?

SI ()

NO ()

4.- Al no prestarse facilidades por parte del progenitor que tiene la custodia del hijo/s, al otro progenitor, estaría causándose un problema psicológico en los hijos/s.

SI ()

NO ()

5.- ¿Considera usted, que al no prestar las facilidades de visita de los hijos, por parte del cónyuge que tiene la custodia, estaría influyendo en la rebeldía de los mismos?

SI ()

NO ()

6.- ¿El Código de Niñez y Adolescencia, debería determinar sanciones en contra del cónyuge que obstaculiza el régimen de visitas y no limitarse a realizar actos urgentes como en el caso de un allanamiento?

SI ()

NO ()

7.- ¿Al no considerarse medidas sancionatorias, en contra del cónyuge que obstaculiza el régimen de visitas se estaría dejando que éste acto de rebeldía quede impune?

SI ()

NO ()

8.- ¿Al establecerse una obstaculización al régimen de visitas de los hijos, por parte del cónyuge que tiene la custodia, causaría alejamiento de afectividad, con el otro progenitor?

SI ()

NO ()

9.- Considera necesario que debería existir un proyecto de Ley Reformatoria, al Código de la Niñez y Adolescencia, en los Art. 125 y 112, para que se determine de manera concreta sanciones para el progenitor que tiene a cargo de sus hijos, cuando éste obstaculice el régimen de visitas.

SI ()

NO ()

Anexo Nro. 2

ENTREVISTA A FUNCIONARIOS

- 1.- ¿Considera que las disposiciones legales en contra de la obstaculización al régimen de visitas expuestas por el Juez, como medidas urgentes, son cumplidas efectivamente?
- 2.- ¿Piensa que se debe establecerse de manera clara en el Código de la Niñez y Adolescencia, medidas contra el progenitor que obstaculice el régimen de visitas?
- 3.- ¿Al no considerarse medidas sancionatorias, en contra del cónyuge que obstaculiza el régimen de visitas se estaría dejando que éste acto de rebeldía quede impune?
- 4.- Considera necesario que debería existir un proyecto de Ley Reformatoria, al Código de la Niñez y Adolescencia, en los Art. 125 y 112, para que se determine de manera concreta sanciones para el progenitor que tiene a cargo de sus hijos, cuando éste obstaculice el régimen de visitas.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

TITULO:

**“SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LA PATRIA POTESTAD POR
RETENCIÓN INDEBIDA DEL HIJO O HIJA AL OBSTACULIZAR
EL RÉGIMEN DE VISITAS CONFORME AL ART. 125 Y 112 DEL
CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.”**

AUTORA

JAKELINE SALOME AREVALO FRANCO

Loja – Ecuador

2013

a. TEMA:

“SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LA PATRIA POTESTAD POR RETENCIÓN INDEBIDA DEL HIJO O HIJA AL OBSTACULIZAR EL RÉGIMEN DE VISITAS CONFORME AL ART. 125 Y 112 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.”

b. PROBLEMATICA:

En el análisis de la presente problematización, se va a considerar a los hijos que no se encuentra viviendo con sus dos progenitores, y que se encuentran viviendo con un solo progenitor o pariente. Pues al darse la separación de una pareja con hijos, nuestra legislación de la niñez por regla general establece que los niños o niñas que no han cumplido los 12 años de edad, la patria potestad se confiara a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos de la hija o del hijo, quedando de esta manera bajo el cuidado de su progenitora.

El artículo 9, numeral 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dice: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Este derecho concede al progenitor la posibilidad de permanecer con el hijo de quien vive separado un tiempo prudencial en un ámbito de privacidad, sin la presencia del otro progenitor, para posteriormente reintegrarlo a su domicilio del cual fue retirado.

Por otro lado el artículo 21 del Código de la Niñez y Adolescencia, expresamente establece al prescribir que los niños, niñas y adolescentes tiene **derecho a mantener relaciones afectivas permanente**, personales y

regulares con ambos progenitores, especialmente cuando se encuentren separados por cualquier circunstancia, esto tiene concordancia con lo señalada el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador vigente, que dice: “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.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido 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. **Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales** y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.”

Es aquí, donde me cabe el interés por esta problemática, ya que si bien es cierto el Código de la Niñez y Adolescencia, establece el Derecho de Visita a los Padres que se encuentran alejados de sus hijos, para que no se pierda esa relación afectiva, conforme lo establece el Título IV del Libro II. Cuando el progenitor se niega hacerle ver a sus hijos, pese a existir una orden judicial, lo correcto es que sea requerido y sea entregado, de acuerdo a un pequeño sondeo que he realizado a algunos abogados de libre ejercicio de la ciudad de Loja, han manifestado que en la práctica en algunos casos, esto no sucede, como vamos a ver a continuación, en donde, por más alternativas que da el Juez, de haber fijado los días de visita, esto no es respetado por quien tiene a cargo la tenencia de los hijos, lo que toca utilizar medios alternativos para que el progenitor a cargo de sus hijos deje ver al otro progenitor, quedando en impunidad el acto desproporcionado y descomedido por parte del progenitor que tiene a cargo a sus hijos, actuando de mala fe, y, de una manera irónica en contra del otro progenitor, como que si al momento de no entregarlo estaría aplaudiendo su

conveniencia personal, hay que dejar recalcado que el Art. 125 del Código de la Niñez y Adolescencia, manifiesta que se requerirá a la persona que no preste las facilidades para que sea entregado inmediatamente a su hijo, más adelante en su segundo inciso manifiesta que se dictara incluso hasta una boleta de apremio personal y de allanamiento, conforme en el sondeo realizado, se me ha indicado que esto queda como simple letra escrita en el código, porque en la práctica, los jueces se limitan, en hacer el debido requerimiento, peor nunca dictan una boleta de allanamiento, siendo muy difícil para la fuerza pública aplicar este derecho solo con el requerimiento judicial; los jueces si lo hacen, es cuando el progenitor que no tiene la custodia se lo ha hecho retener indebidamente, por derecho de visitas, ¡no!, ¿Por qué? Dado que no hay una norma específica que disponga sanciones al respecto; pues aquí, me nace una interrogante, ¿qué es lo que lleva, a la o él progenitor que tiene a cargo a sus hijos, a no dejarlos ver?, dándonos respuesta a dicha interrogante, como ya hemos visto, siempre nos encontramos con resentimientos afectivos entre los progenitores. He ahí, que generalmente el progenitor, que quieren ver a su hijo/s, tiende en la mayoría de los casos a irritarse por la arrogancia de uno de los progenitores, que no le deja ver a sus hijos, pese incluso, en algunos casos a existir una orden judicial, llegando al punto de que el progenitor irritado de manera abrupta se los lleva a sus hijo/s, dado que por más que ha realizado peticiones verbales y judiciales, la o el progenitor a cargo de la tenencia del hijo, se ha negado. Lo que ha ocasionado como es lógico, se utilice medidas de protección para que el progenitor que indebidamente se los llevo a los hijos, devuelva al hijo o hija, teniendo para ello que utilizar la fuerza pública y de resistirse ira preso preventivamente hasta que el menor se encuentre en un estado de protección, lo que me ratificaría y aclararía que únicamente estaría la ley protegiendo el derecho de comunicación afectiva para quien tiene la custodia de sus hijos, dado que nuestra ley así lo manifiesta, atropellando el principio de igualdad ante la ley.

En consecuencia, al no dejar ver a sus hijos, se está, dejando de lado sus relaciones afectivas con ellos, incluso llegando al extremo de inducirles

situaciones a sus hijos, como es el caso de inferirles mentiras o amenazas, por ejemplo, ¿que él o la progenitor no te quieren, que los detestan, es por eso que no te vienen a visitar?, ¿que si sales a ver a tu padre o madre, a mí no me vuelves a ver nunca más?, y un sin número de palabras soeces., frases como estas, que les lleva a los niños, niñas y adolescentes, a un trastorno de por vida en contra de su padre o madre que los quiere visitar, cuando en la realidad, en la mayoría de los casos, los progenitores que se encuentran con la custodia de los niños/as o adolescentes, son ellos los del problema, que no quieren dejar ver a sus hijos.

Conforme a los casos que se han analizado, estas circunstancias suceden generalmente cuando existen divorcios o la separación que ha tenido la pareja de unión libre o de hecho, con estas consideraciones me permito realizar la siguiente interrogante: *¿Cómo influye al agregar la suspensión provisional en el Art. 125 y 112 del Código de la Niñez y Adolescencia, respecto del derecho de visitas, para quien tiene la custodia del menor, cuando se reúsa o no prestar las facilidades para que el otro progenitor visite a su hijo/s o le inculque mal ejemplo?*

c. JUSTIFICACIÓN:

Como egresada de la carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, he creído pertinente desarrollar el presente trabajo investigativo, que tiene como propósito, en primer lugar analizar las inquietudes que trae consigo el derecho familiar en el Ecuador.

Este trabajo investigativo pretendo descubrir una aplicación determinada de sanciones que se pueda incidir en uno de los padres cuando no presta las facilidades del caso para que pueda su hijo/as ser visitado por el otro progenitor sea su padre o madre, siempre y cuando no se atente el "Interés Superior del Niño"; de tal forma que se vuelva un imperativo estudiar, describir, conocer, investigar de campo, concluir y recomendar la forma

como se debe sancionar a los progenitores que no prestan las facilidades del caso para ser visitados por sus hijos de manera privada, incluso yendo al caso extremo contra los progenitores que tratan de inducir mentiras situaciones en el niño o niña en contra de su otro progenitor.

La responsabilidad de este proyecto investigativo es lo primordial, ya que en la presente investigación, quiero dejar acentuado la importancia del para que investigo, basándome en principios distintivos y humanistas, surgidos por la necesidad de mantener un ambiente sano dentro del ámbito familiar, con la finalidad de que pueda existir una preventiva en favor del cónyuge que desea mantener una relación afectiva con su hijo/s.

Es así que mi proyecto investigativo lo dejó justificado dentro de los siguientes ámbitos:

En lo social, dado que la influencia del medio social es estimulante y que siempre actuará como favorecedor del desarrollo integral de todo ser humano, donde se busca que las relaciones afectivas con los hijos deben ser de manera permanente, personales y regulares, con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, buscando una forma adecuada que los progenitores puedan entenderse donde exista facilidades del caso para que puedan ser visitados los hijo/as por parte de quien no lleva consigo la custodia.

En el ámbito cultural, se pretende buscar un incremento de concientización por parte de la sociedad, para que se pueda normar este tipo de problema cuando existen las debidas discrepancias entre los padres y los hijos, y pueda manifestarse socialmente como una conducta viable de paterno familiar para encontrar armonía al momento de visitar los padres a los hijos.

En el ámbito Científico, dejo justificado, ya que la presente investigación está encaminada en definir conceptos de algunos autores, que han dado coherencia lógica a las investigaciones respecto de la convivencia familiar,

como también la exposición de normativa fundamentada en nuestro cuerpo legal ecuatoriano; esto se logrará utilizando técnicas y métodos científicos, que ayudará a lograr el cabal cumplimiento de esta investigación.

En lo político, es importante, porque la temática que pretendo investigar, se sustente mi investigación, y se haga llegar la normativa de ley, a los representantes de la política nacional, vinculados al poder legislativo, puedan realizar los estudios expuestos a través de las comisiones donde sea mocionado para los debates y su respectiva aprobación de ley, por cuanto esta problemática constituye un problema latente que se vive día a día en los hogares ecuatorianos.

En lo Académico, dejó justificado por cuanto está investigación, por ser un tema importante y de trascendencia servirá de aporte como fuente de consulta para futuras generaciones, ha sido un tema de mi interés, por cuanto es una problemática social que se evidencia, esto se acentúa con mayor formalidad, por cuando hace relación con los conocimientos que he adquirido durante mi carrera profesional, además, una vez abalizado este trabajo por los facultativos que me la dirigen esta investigación me puedan acreditar una nota de grado y que a su vez, me servirá como un requisito para poder optar por el título de licenciada en jurisprudencia.

d. HIPÓTESIS

¿La retención indebida del hijo/a al obstaculizar el régimen de visitas previstas en el Código de la Niñez y Adolescencia, perjudicaría al otro progenitor psicológicamente y estaría siendo rechazado por su hijo?

Variables:

d.1. Variable independiente

- Retención indebida del hijo o hija.

d.2. Variable dependiente

- Obstaculizar el régimen de visitas prescrito en el Código de la Niñez y Adolescencia.

e. OBJETIVOS:

OBJETIVO GENERAL:

Estudiar qué tipo de circunstancias y sanciones pueden determinarse cuando la persona que tiene la custodia de su hijo/s, no presta las facilidades para que el otro cónyuge pueda visitar a sus hijos en privado o inculca mal ejemplo a su hijo/s de su otro progenitor.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Establecer conceptualmente cuáles son las situaciones que les lleva al progenitor de su hijo que tienen la custodia, a tener discordancia para no dejar ver a sus hijos con el otro cónyuge.
- Describir las formas como influye los malos ejemplos que le inculca el progenitor que tiene la custodia de sus hijo/s en contra de su otro progenitor.
- Determinar a través del derecho comparado, sanciones que se pueda aplicar a las personas que no prestan facilidades para que el otro progenitor pueda visitar a sus hijos.
- Concluir y Recomendar aspectos importantes para que se puede dar una mejor vinculación respecto al entendimiento que deben tener el progenitor que tienen en custodia a sus hijo/s con el otro progenitor.
- Plantear un proyecto de reforma de ley para que se incorpore sanciones en el Art. 125 y 112 del Código de la Niñez y Adolescencia, respecto del progenitor que tiene a cargo la custodia de sus hijos y no quieren prestar facilidades para dejar visitar a sus hijo/as al otro progenitor en privado o le inculque mal ejemplo.

f. MARCO TEÓRICO

INSTITUCIÓN FAMILIAR Y REGIMEN DE VISITAS

“Las Instituciones de base familiar. - La familia es el nervio de la vida social, donde para los romanos, la familia era una organización patriarcal y jerárquica en la cual el “pater familias” tenía plenos poderes sobre quienes estaban bajo su dependencia, constituyendo el nexo de los ciudadanos en Roma, Guillermo Borda pregunta y, con mucha razón, si “puede concebirse algo más privado, más hondamente humano que la familia, en cuyo seno el hombre nace, vive, ama, sufre y muere”. En las instituciones de base familiar se generan múltiples relaciones paterno filiales, que son el conjunto de deberes, derechos, instituciones, obligaciones y principios que guían la vida entre padres e hijos. las mismas que merecen tratamientos delicados y respetuosos, que se basan en la atención a la maternidad; Patria potestad; Tenencia; Régimen de visitas; Alimentos; y, Acogimiento familiar.

LA PATRIA POTESTAD

Los orígenes de la Patria Potestad se remontan al Derecho Romano, que lo consideraba una institución fundamental del Derecho de Familia de su sistema jurídico. La patria potestad denotaba el conjunto de derechos y poderes peculiares que correspondían a la cabeza de una familia respecto a la del cónyuge e hijos, en un concepto jurídico sobre la relación paterno filial, que tiene como núcleo el deber de los padres de criar y educar a sus hijos.

Patria potestad proviene del Latín “patria potestas”, que equivale a “autoridad paterna” denotando que la cabeza de familia estaba investida de autoridad sobre otras personas.

Guillermo Borda sostiene que “La autoridad paterna tiene su fundamento en la propia naturaleza; es, pues, tan vieja como la sociedad humana. Pero el

concepto sobre la manera de ejercerse, sobre los derechos y obligaciones que comporta, ha evolucionado profundamente”.

El artículo 283 de nuestro Código Civil prescribe que “La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre los hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia”.

Por su parte, nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 105, manifiesta que la patria potestad no es solamente el conjunto de derechos, sino también de obligaciones de los padres, en relación a sus hijos no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de los derechos y garantías de los hijos.

En el artículo 113 del Código de la Niñez y Adolescencia señala los casos en los cuales el padre o la madre o ambos pierden la patria potestad.

Suspensión. La suspensión de la patria potestad se aplica para ciertos casos, como una sanción a los padres por incumplimiento de sus obligaciones con sus hijos.

El artículo 112 del Código de la Niñez y Adolescencia enumera las causas por las cuales se suspende la patria potestad.

La suspensión de la patria potestad debe ser mediante resolución judicial. Por mandato expreso del artículo 293 del Código Civil, mientras dure la suspensión de la patria potestad resuelta por el Juez, el padre o la madre, en su caso, pierden la administración de los bienes del menor, ni a la representación del hijo, facultades que corresponden a la madre.

Si la suspensión de la patria potestad es para el padre y madre, los reemplazará un tutor.

La pérdida de la patria potestad es una sanción que se aplica en casos extremos, cuando la conducta de los padres los hace indignos de tal calidad porque llevan una vida disoluta, según lo señala el artículo 306 del Código Civil.

El artículo 113 del Código de la Niñez y Adolescencia contiene los casos en los cuales uno o ambos progenitores pierden la patria potestad.

Al tenor de la disposición contenida en el artículo 117 del restitución de la patria potestad, si existen pruebas de que han variado las circunstancias que sirvieron de fundamento para su privación, limitación o suspensión. Para ordenar la restitución el juez debe oír previamente al peticionario y al hijo.

LA TENENCIA

CONCEPTO. La tenencia es el encargo del juez a uno de los padres para que asuma el cuidado y crianza de su hijo, respetando el ejercicio de la patria potestad, responsabilidad que asume uno de los padres para velar por el normal desarrollo de su hijo/s

La tenencia se vincula de manera directa con el futuro mismo del menor, con su bienestar, necesidades biológicas, morales, económicas y espirituales. Los hijos sufren las consecuencias de la separación de sus progenitores, sea por divorcio, terminación de la unión de hecho o cuando los hijos son abandonados a su suerte.

El artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia prescribe que “Cuando el juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, si alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.”

En función a su aplicación, ejecución y velando por el interés superior del menor, las resoluciones sobre tenencia deben cumplirse en forma inmediata y, con este propósito se faculta al juez ordenar el apremio personal y allanamiento del domicilio en el cual se encuentra el menor, sin reconocerse fuero alguno para el cumplimiento de la resolución.

Para la recuperación del menor, si el menor ha sido conducido fuera del territorio nacional sin respetar las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia ni las resoluciones sobre tenencia y patria potestad, se aplicarán todas las medidas necesarias para su recuperación y retorno al país. El juez exhortará a los jueces competentes del estado en el cual se encuentre el menor para su recuperación.

CONCLUSION.- La experiencia llevó a que el Doctor Héctor Orbe Calvache sostenga que es “Compleja la institución de la tenencia”.⁴⁵

Una vez que he dejado descrito y fundamentado las relaciones familiares, paterno – filiales, también que es la Patria Potestad, cuál es su función y como se la puede limitar o perder, y la Tenencia de los hijos, producto de una separación de la pareja, y donde sus hijos quedan a cargo de uno de los progenitores, o cuando así lo dispone la ley al encargo que hace el juez al progenitor sobre sus hijos, esto creí importante describir, para entender primero conceptos dentro de las relaciones familiares, ahora vamos a ver, a que se refiere el derecho de visitas, que es donde me centro, por cuanto este punto es de donde partí, para poder descubrir mi problema a investigar, a continuación presento un aporte bibliográfico de autores que han destacado este tema:

⁴⁵DURÁN, Mera María Augusta y otra. Relaciones Paterno Filiales.
http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6484:paterno-filiales&catid=36:derecho-de-familia&Itemid=420

DERECHO A VISITAS

“Visitar es la acción de ir a ver a una persona en su casa, resulta inapropiado hablar de Derecho o Régimen de Visitas a un menor de edad. En consecuencia, esta institución debería denominarse “Comunicación adecuada y regular entre padres e hijos”.

La visita es un derecho y un deber de los padres para mantener una relación regular y directa con su hijo.

El artículo 9, numeral 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dice: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés Superior del niño.

Para el tratadistas Gustavo Bossert y Ecuador Zannoni señalan que “Es el derecho de mantener comunicación adecuada con el pariente con quien no se convive”

Este derecho concede al progenitor la posibilidad de permanecer con el hijo de quien vive separado un tiempo prudencial en un ámbito de privacidad, sin la presencia del otro progenitor, para reintegrarlo a su domicilio, del cual fue retirado; tiene por objeto brindar al menor un equilibrio emocional y físico para su crianza y desarrollo, compartiendo, así sea un tiempo corto, con el progenitor con quien no vive, su forma de regular el régimen de visitas, es mediante resolución del juez siendo los días y horas de visitas considerando las múltiples circunstancias que pueden influir sobre el lugar, horario, frecuencia, libertad y otras condiciones.

Sería ideal que los días y horas de visitas sean regulados de común acuerdo entre los interesados y, de no haberlo, por el juez, inspirados siempre en lo que sea más conveniente para el menor.

Como el régimen de visitas no es definitivo, puede ser modificado a petición de una de las partes, atendiendo a ciertas circunstancias, las mismas que deben ser plenamente justificadas.

Extensión del régimen de visitas. Además de los padres tienen derecho a visitas quienes demuestren un legítimo interés familiar, como los abuelos, tíos, hermanos y otras personas con vínculo familiar o afectivo.

El artículo 124 del mismo Código de la Niñez y Adolescencia enumera que el juez puede extender el régimen de visitas a los ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de línea colateral y a personas, parientes o no, ligadas afectivamente al menor...

...Si uno de los progenitores u otra persona retiene en forma indebida al menor o impida el régimen de visitas el juez requerirá judicialmente para que lo entregue en forma inmediata a la persona que debe tenerlo. Quien retenga indebidamente al menor quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por este acto y los gastos causados por el requerimiento y la restitución.

Si pese al requerimiento quien retiene indebidamente al menor no cumple la orden judicial, el juez decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar el allanamiento del inmueble en que se encuentre o se cree que se encuentra el menor, con el fin de recuperar al menor. (Art. 125 del mismo cuerpo legal)

El Art. 122 del Código de la Niñez y Adolescencia prescribe que el juez puede negar o prohibir el régimen de visitas al progenitor que ha ejercido violencia física, psicológica o sexual a su descendiente.

Cuando se produce la ruptura de la pareja, algunas personas pretenden **convertir a los menores en instrumentos de la pasión humana**. Por este motivo, el cumplimiento del **régimen de visitas resulta sumamente complejo**, debido a que el progenitor que comparte la vida con su hijo se resiste a comprender la importancia que tiene para el menor disfrutar unos momentos con el padre o madre del que está separado.”⁴⁶

Como podemos destacar, estos autores, ya emplean un análisis, que resulta muy complejo al derecho de visitas, entre los niños con el cónyuge que está separado de ellos, lo que nos orienta a proyectar un problema que a más de ser analizado y estudiado meticulosamente, necesita de manera urgente en nuestra normativa legal una reforma de ley, para que se establezca una solución y de esa manera los hijos, que son personas vulnerables y necesitan protección, cuidado a sus afectos, y por ser titulares de derechos, puedan compartir la comunicación entre sus progenitores. A continuación, vamos a destacar un comentario de un asambleísta ecuatoriano, que se refiere a esta temática:

Para Carlos Samaniego, Asambleísta del Ecuador, nos manifiesta que, según lo propuesto en el Art. 125 del Código de la Niñez y Adolescencia, es importante reformar al derecho de visitas, por cuanto, el mismo cuerpo legal dice: “... Se emitiría una boleta de apremio para garantizar el derecho a visitas de los padres y familiares que no vivan con el menor”. Samaniego afirma que en ocasiones, por "resentimiento con el ex cónyuge, no se dan las facilidades para que el menor pueda ser visitado" por la otra parte.⁴⁷

Como vemos, los análisis y comentarios de los autores, repliegan los problemas que se pueden suscitar cuando uno de los progenitores que se encuentra a cargo de los niños no presta las facilidades para que puedan comunicarse sus hijos con su otro progenitor, un autor manifiestan que es complejo, otro nos hace hincapié que puede ser por resentimientos

⁴⁶ IBID (1)

⁴⁷ SAMANIEGO, Carlos. Asambleísta del Ecuador. Comentario sobre Reformas al Código de la Niñez y Adolescencia.

personales, que de singular manera los progenitores que tienen la custodia, tratan de hacer de sus hijos un instrumento de manipulación y control hacia el otro progenitor, que no tiene a cargo a su hijo; a continuación vamos a conocer un poco más sobre el régimen de visitas de padres a hijos:

HIJOS DE PADRES SEPARADOS: RÉGIMEN DE VISITAS DURANTE LAS FIESTAS

TENENCIA

“Cuando se produce la separación de una pareja con hijos, nuestra ley establece que los menores de 5 años (nuestra legislación 12 años), quedarán bajo el cuidado de la madre, salvo que causas graves que afecten al interés del menor aconsejen apartarse de este criterio. Cuando son mayores de esta edad los padres podrán establecer de común acuerdo con quién se quedarán. Si no hay acuerdo es el juez el que decide.

Existe también la modalidad de compartir la guarda de los hijos entre ambos progenitores. Es una manera muy nueva que no está expresamente contemplada en la ley pero que por acuerdo entre los padres puede llegar a establecerse, aunque por ahora son pocos los que la adoptan.

RECHAZO HACIA EL PROGENITOR AUSENTE

Así como suele no estar previsto en los acuerdos de visitas con quién pasarán las fiestas los niños, los mismos progenitores suelen no anticiparse a tratarlo entre ellos y con sus hijos ante la proximidad de las mismas. Cuando se produce la comunicación suele ser a último momento y en base a "entendidos" que, en general, son malos entendidos. El resultado es la crispación en lugar del diálogo y la rabieta entre ambos, que los hijos perciben aunque nada se les diga, con lo cual el conflicto emocional que llevó a la separación de sus padres se le transfiere a los hijos, incorporando el mismo sentimiento contra el progenitor ausente.

De este modo se disocia a los niños que por un lado, como hijos, sienten que el ausente los abandona, y por otro, identificados con el rechazo del progenitor que tiene la guarda contra el otro, odian al progenitor ausente.

En esta posición de incomunicación, los padres piensan y actúan en función de sus propios sentimientos e intereses sin contemplar los intereses de sus hijos, aunque es lo que suelen invocar.”⁴⁸

Ahora vemos, un poco más a fondo esa pelea constante, que tienen los adultos por disputarse quien tiene la razón frente a sus hijos, si bien el ejemplo nos dice que los niños por un lado sienten el abandono de su progenitor que no está a cargo de él, pero muchas veces, no es resultado que el progenitor no quiera estar como en este caso en una fiesta, sino resulta la negativa por parte del progenitor que tiene cargo a sus hijos de no dejarlos ver, peor aun cuando existe esa incomunicación o agresión verbal por parte del progenitor que tienen los hijos, siendo causa suficiente para que se cree en el niño, niña o adolescente un trastorno psicológico de siempre ignorar a su progenitor que no se encuentra en casa, sin saber la realidad en la que subsiste, a continuación vamos a presentar un estudio teórico acerca de los derechos y las visitas de los padres hacia los hijos:

DERECHO DE VISITAS

“Lo primero que debe indicarse acerca del derecho de visitas es, paradójicamente, que la expresión *derecho de visitas* resulta equívoca e inapropiada, por lo que en consecuencia debería ser reemplazada por otra que refleje plenamente el trasfondo que existe en este derecho; esto es precisamente lo que ocurre en nuestro *Código Civil de Colombia*, que no se refiere a visitas, sino que en su artículo 229 (En nuestro Código Civil ecuatoriano es el Art. 272) describe este derecho en los siguientes términos: “El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él

⁴⁸http://www.abogadodefamilia.com.ar/hijos_separados_fiestas.htm

una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare convenientes para el hijo”.

El verbo visitar describe la acción de “ir a ver a alguien en su casa por cortesía, atención, amistad o cualquier otro motivo”, y sin perjuicio de que además existen otras diversas acepciones, ninguna de ellas se ajusta a lo que se busca garantizar con este derecho, que excede ampliamente lo que entendemos naturalmente por visita. En efecto, se pretende que aquel de los padres que no tenga el cuidado personal del hijo, participe activamente en el amplio espectro de su desarrollo personal, sin perjuicio de que ya no vivan juntos. Por esta misma razón, la expresión “**régimen comunicacional**” resulta también inapropiada, ya que -al igual como ocurre con “derecho de visitas”- parece aludir a una relación meramente formal y no sustantiva.

La expresión utilizada por el Código Civil, es decir, derecho -y deber- de mantener una relación directa y regular, es mucho más precisa que derecho de visitas y particularmente más acertada que el denominado régimen comunicacional, ya que aquí se trata de que el hijo mantenga una verdadera relación con aquel de sus padres que no lo tiene a su cuidado. El texto actual de la ley es plenamente concordante con lo dispuesto por el artículo 9 N° 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”⁴⁹

Si hacemos una rápida comparación con nuestro Código Civil ecuatoriano, no hay mucha diferencia en conceptualización, más aun, al igual que nuestro código, emplea dentro del derecho de visitas, la palabra derecho, por lo que no alejándome de mi problema, es importante, que desde un inicio se tenga

⁴⁹<http://www.dudalegal.cl/derecho-de-visitas.html>

entendido realmente que es derecho de visitas, así de esa manera, los progenitores entenderían que dentro del régimen de visitas, existe un deber por parte de ellos, y se deje, el tema de “complejos y resentimientos” de negarse a dejar ver su hijo/s, cumpliendo la perspectiva de que los hijos puedan mantener una relación directa y regular con sus progenitores; con estos análisis, me permito manifestar que se debe tener una buena comunicación, para lograr obtener esa anhelada afectividad entre el niño, niña o adolescente y el progenitor que no se encuentra a cargo de ellos, a continuación, como una parte final de esta recopilación teórica, me permito destacar un análisis de un autor respecto a la comunicación:

LA COMUNICACIÓN ENTRE PADRES E HIJOS

“Todos los padres necesitan tener una buena comunicación con sus hijos. La comunicación favorece la relación, se obtiene un ambiente de unión, de respeto, de tolerancia y de cariño y confianza. Si es importante el diálogo en las relaciones interpersonales, lo es aún más la comunicación en la familia, ésta está guiada por los sentimientos, nos ayuda a establecer contacto con el otro, a dar o recibir información y así expresar aquello que queremos decir, ya sean ideas, sentimientos o sufrimientos. La comunicación ayuda a fortalecer el apego en la familia y entre sus miembros.

A los padres y a las madres les gusta tener con los hijos una comunicación fluida y positiva. Cuando esto no es así, cuando la relación se deteriora y se convierte en superficial, aparecen las dudas y la desconfianza, los problemas pasan por la mente de los padres y surge la angustia. De igual modo hay momentos que los hijos no necesitan comunicar según qué aspectos de sus vidas a los padres y este hecho ha de ser respetado, en este momento los hermanos o los amigos cobran un papel importante. Aquí los padres tendrán que darles a los hijos su espacio y momento y estar presentes por si son necesarios en algún momento. Este hecho suele ser más frecuente en la adolescencia y los niños se vuelven más reservados que cuando son más pequeños. Es en este momento cuando los padres

tendrán que estar más alerta y observar las conductas de sus hijos por si necesitan de su ayuda y ellos no son capaces de comunicarlo. Es importante que sepamos que, a veces, con el afán de ayudar a los hijos, los padres pueden convertirse en jueces, se critica o se censuran sus conductas con mucha rapidez y esto no favorecerá a la relación.”⁵⁰

La temática de la comunicación de los padres hacia los hijos, nos enseña, que es imprescindible la comunicación afectiva, para que exista una armonía en un hogar, dado que de no darse esto, acarrea los problemas de incomprensión, falta de cariño, bajo autoestima, jerarquización por parte de uno de los progenitores; y al no darse una debida facilidad por parte del progenitor que tiene a custodia sus hijos para que pueda visitar el progenitor que no vive con ellos, se entendería que no hay comunicación, cerrándose las puertas del dialogo, conforme se ha dicho por complejidades o resentimientos personales. Lo que mi investigación apunta a poder establecer una solución que puedan hacer entrar en razón a las personas que no presta la facilidad para que pueda el otro progenitor comunicarse y ver a sus hijos, pese a existir un orden judicial, esto se lo haga, a través de la aplicación de sanciones endilgándole a la persona infractora.

g. METODOLOGÍA:

La presente investigación se ha comenzado a realizar con la problemática para informarnos sobre las causas, consecuencias y factores que se dan en la presente investigación, luego realizamos el planteamiento del problema, para determinar la solución del mismo, textualmente detallamos factores como causas y consecuencias del porque estas reacciones que se dan cuando la persona que tiene la custodia de su hijo/s, no presta las facilidades para que el otro cónyuge pueda visitar a sus hijos en privado o inculca mal ejemplo a su hijo/s de su otro progenitor, luego procedimos a realizar la justificación de la presente investigación con el fin de dar a conocer el para qué investigamos, dejando justificado en distintos ámbitos

⁵⁰SIERRA, DiezPatricia. La comunicación entre padres e hijos.
<http://www.volveraeducar.com/comunicacion/familia/nino/confianza/pautas/9.htm>

tales como: social, cultural, científicos, político y académico, se continuo con el objetivo general y los objetivos específicos que nos van a ayudar a adentrarnos más en esta temática para poder ir analizándola, luego procedimos con la realización del marco teórico ubicando variables para identificar las pautas y desarrollar el trabajo, detallamos diferentes temas de gran importancia, luego realizamos la presente metodología en la cual describimos, todo lo que hemos realizado en el trabajo, incluyendo métodos, técnicas y procedimiento que me ayudará a continuar con el presente proyecto investigativo, en cuanto a los métodos me ayudará con la coherencia y la claridad en el análisis de los problemas de la realidad concreta, en cuanto a las técnicas nos ayudan a obtener datos reales acerca del tema, que lo unificaremos a través del procedimiento de recopilación, análisis e interpretación de la información, después seguimos con la elaboración de un informe previo de la investigación para conocer cómo se desarrollará el informe final, posteriormente elaboré un cronograma que me ayudará en el control del tiempo a emplearme en la normal realización de las diferentes actividades del proceso de investigación, también se estableció los recursos que utilizaré en el avance de la investigación como son los recursos humanos y financieros, los mismos que nos ayudaron a adquirir toda la información requerida para poder elaborar el presente proyecto, y presupuestarme el costo del mismo; y, finalmente establecí la bibliografía y net grafía, que nos muestra documentación brindándonos información relevante acerca del tema.

MÉTODOS

En esta investigación, el dominio de la metodología da la coherencia y la claridad en el análisis de los problemas de la realidad concreta, por lo que en base a esta concepción ha conllevado la utilización de los métodos necesarios e indispensables para el desarrollo de la presente investigación formativa.

Los métodos utilizados son:

CIENTÍFICO.-Se empleará el método científico ya que se parte de un hecho o fenómeno real que será sometido a investigación. Este método me permitirá investigar a través de un proceso sistemático lógico y analítico en base a documentación real, la misma que me servirá para determinar las respectivas falencias y soluciones.

DEDUCTIVO.- Este método me servirá para poder determinar las problemáticas generales las cuales influyen o afectan en forma directa o indirecta al objeto de estudio en esta investigación y detectar las problemáticas locales y así determinar un problema en específico.

INDUCTIVO.-Este método me permitirá conocer todos los problemas de carácter interno de los progenitores que tienen a cargo la custodia de sus hijos y el derecho de visitas y como inciden en el desarrollo normal de la sociedad.

DESCRIPTIVO. – Este método me permitirá conocer la descripción actual de hechos o fenómenos y casos. Se ubica en el presente, pero no se limita a la simple recolección y tabulación de datos, sino que procura la interpretación racional y el análisis objetivo del mismo.

TÉCNICAS.- Entre estas tenemos:

ENTREVISTA.- Facilitará un mejor entendimiento sobre el estado real de las situaciones que se ven a diario vivir respecto a la problemática de esta investigación.

ENCUESTA.- Me Permitirá conocer las diferentes opiniones que manifestaron los encuestados y así poder obtener datos los cuales me facilitarán el desarrollo de la investigación.

Frecuencia preguntas	# personas	Porcentaje
X	30	100%
X		
Total	30	100%

OBSERVACIÓN.- Es uno de las técnicas más eficaces a la hora de desempeñar el trabajo investigativo, ya que por medio de este se puede determinar los problemas que a simple vista se puede inferir a través de los sentidos, como son las casos familias en especial la relación de los padre a hacia los hijos.

INFORME PREVIO PARA REALIZAR LA INVESTIGACIÓN

En informe final se desarrollara previamente en base páginas preliminares, que son: Portada, Autoría, Autorización, Agradecimiento, Introducción y Tabla de Contenidos.

Seguidamente se desarrollara el marco capitular teórico, donde se dejará acentuado cada uno de los capítulos en base a las variables descritas en el problema y los objetivos, donde dejará descrito un análisis sobre el derecho comparado en relación al régimen de visitas, luego se desarrollará la investigación de campo, donde se describirá los métodos y técnicas utilizadas en la investigación, como también el procedimiento utilizado para la interpretación de la información recolectada, con ello, me ayudará en desencadenar en conclusiones y recomendaciones.

Culminado esta parte investigativa, procederé a describir el planteamiento de mi propuesta de reforma legal, donde daré a conocer el resultado de mi problema investigado, también dejaré indicado la bibliografía y net-grafía utilizado en la presente investigación.

Finamente se incorporará anexos al presente proyecto, esto será este proyecto, el formato de la encuesta y el formato de la entrevista/s, el tipo de letra y los márgenes como su encuadernación, se lo hará conforme a los lineamientos expuesto por la Universidad Nacional de Loja, para la elaboración de tesis de grado.

h. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

RECURSOS HUMANOS:

Asesor: Dr. Mg. Shandry Armijos Fierro,

Autora: JAKELINE SALOME AREVALO FRANCO

Encuestados: 30 Abogados en el Libre Ejercicio de la Profesión de la Ciudad de Loja.

Entrevistados: 3 Funcionarios Judiciales dentro del Campo de la Niñez.

RECURSOS FINANCIEROS

- Transporte:	200
- Adquisición Bibliográfica	120
- Impresiones:	300
- Encuadernación:	100
- Internet:	20
- Copias:	10
- Cd:	5
- Proyector:	20
	<hr/>
Total.	775

i. CRONOGRAMA DE TRABAJO

Fecha 2013 Actividades	ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO				AGOSTO				SEPTIEMBRE			
FASES SEMANAS	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Selección del Objeto de Estudio.	*	*	*																					
Definición del Objeto de Estudio				*																				
Selección del Problema.				*																				
Elaboración y Presentación del Proyecto					*	*																		
Elaboración del Marco Teórico							*	*	*	*														
Aplicación de Encuestas y Entrevistas											*	*	*											
Tabulación de Resultados														*	*	*								
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta de Reforma.																*	*	*						
Redacción y Corrección del Informe Final																			*	*	*			
Exposición Final																							*	*

j. BIBLIOGRAFÍA

1. Convención sobre los Derechos de los Niños
2. Constitución de la República del Ecuador
3. Código Civil Ecuatoriano
4. Código Civil Colombiano
5. Código de la Niñez y Adolescencia Ecuatoriano.
6. **DURÁN, Mera María Augusta y otra. Relaciones Paterno Filiales.**
http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6484:paterno-filiales&catid=36:derecho-de-familia&Itemid=420
7. SAMANIEGO, Carlos. Asambleísta del Ecuador. Comentario sobre Reformas al Código de la Niñez y Adolescencia.
8. http://www.abogadodefamilia.com.ar/hijos_separados_fiestas.htm
9. <http://www.dudalegal.cl/derecho-de-visitas.html>
10. SIERRA, DiezPatricia. La comunicación entre padres e hijos.
<http://www.volveraeducar.com/comunicacion/familia/nino/confianza/pautas/9.htm>
11. OROZCO, G. y CHARLES, M. (1992): "Medios de comunicación, familia y escuela", Tecnología y Comunicación Educativa, 22, 63-76.
<http://www.monografias.com/trabajos82/comunicacion-familia/comunicacion-familia2.shtml>.

INDICE

PORTADA	i
CERTIFICACIÓN	ii
AUTORÍA	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN	iv
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
TABLA DE CONTENIDOS	vii
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN	2
2.1 ABSTRACT	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA	11
4.1 MARCO CONCEPTUAL.....	11
4.2. MARCO DOCTRINARIO.....	23
4.3 MARCO JURÍDICO.....	55
4.4. ESTUDIO DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA.....	65
5. MATERIALES Y MÉTODOS	68
6. RESULTADOS	71
6.1. RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE LAS ENCUESTAS.....	71
6.2. RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE LAS ENTREVISTAS.....	84
7. DISCUSIÓN	87
7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.....	87

7.2. CONTRASTACION DE HIPÓTESIS.....	90
8. CONCLUSIONES.....	92
9. RECOMENDACIONES.....	95
9.1. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA QUE SUSTENTA LA PROPUESTA DE REFORMA.....	97
10. BIBLIOGRAFÍA.....	106
11. ANEXOS.....	110
INDICE.....	140