



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

PROPUESTA DE MEDIDAS PARA EVITAR LA OBSTACULIZACIÓN DEL
RÉGIMEN DE VISITAS DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN EL ESTADO
ECUATORIANO.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la
República

Profesor Guía:

Dra. Lorena Naranjo Godoy

Autor:

Paúl Wladimir Andino Salinas

Año

2015

DECLARATORIA DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Lorena Naranjo Godoy
Doctora en Jurisprudencia
C.C.1708293780

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Paúl Wladimir Andino Salinas

C.C.171143787-9

AGRADECIMIENTO

A mi familia, fuente de apoyo incondicional en mi vida y mi carrera, a mis suegros por su ayuda constante, a mis abuelitos, a mi tutora Dra. Lorena Naranjo, que con sus conocimientos y paciencia, ha sabido guiarme para culminar con mi propósito, en especial a Marla, Rigoberto y Edward, que han estado pendientes del avance del presente trabajo de titulación.

DEDICATORIA

A mi esposa que ha sido el impulso durante toda mi carrera.

A mis hijos José y Abigail para quien ningún sacrificio será suficiente.

A mis padres por su sacrificio, amor y apoyo en todos estos años, gracias a ustedes he llegado hasta aquí.

A Gonzalo, Sheyla, Ricardo, mamita Inés y Fernando que hoy gozan de la paz del señor y me cuidan desde el cielo.

RESUMEN

El presente trabajo de titulación estudia el cumplimiento del régimen de visitas de los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes se encuentran tipificados en convenios internacionales así como en cuerpos normativos nacionales, los cuales se orientan a precautelar el bien jurídico que este grupo de atención prioritaria requiere. En el Ecuador la norma encargada de regular su condición jurídica es el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

La diversificación de nuevos tipos de familias alejadas del modelo tradicional en Ecuador, ocasiona que la norma se vea limitada a la hora de determinar el cumplimiento del régimen de visitas. En tal virtud se necesitan encontrar sanciones alternativas que aseguren su cumplimiento fomentando el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

En la mayoría de los casos el progenitor que obstruye el régimen de visitas origina el síndrome de alienación parental, que en sus niveles más graves ocasiona un desapego al vínculo afectivo con el padre o la madre alejado del hogar. El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 125, regula la obstrucción del régimen de visitas y sanciona su incumplimiento con el apremio personal a quien lo ocasione, medida técnicamente inaplicable por cuestión de precautelar el interés superior respecto del daño psicológico que podría causar.

En base al derecho comparado, se ha determinado que la norma más eficiente es la astreintes, misma que establece una sanción pecuniaria sobre el patrimonio de un individuo acorde a la falta, ya que no corresponde la privación de la libertad por ser una medida netamente de carácter penal.

Finalmente el trabajo de investigación propone una reforma al actual Código de la Niñez y Adolescencia, incorporando las Astreintes como sanción frente al incumplimiento y obstrucción del régimen de visitas.

ABSTRACT

This paper studies the compliance degree of visitation of children and adolescents in Ecuador.

The rights of children and adolescents are punishable under international conventions and national regulatory bodies, which are oriented to forewarn the legal right that this group requires priority attention. In Ecuador the standard charge of regulating its legal status is the Organic Code of Childhood and Adolescence.

The diversification of new types of families aside from the traditional model in Ecuador causes the rule to be constrained when determining compliance visitation. Therefore you need to find alternative sanctions to ensure compliance to promote the comprehensive development of children and adolescents.

In most cases the parent who obstructs the visitation originates the so called parental alienation syndrome, in its most severe levels causes a detachment to bond with the father or mother who's away from home. The Organic Code of Childhood and Adolescence, Article 125 regulates the obstruction of visitation and penalizes non-compliance with personal urgency to whoever causes it, technically unenforceable as a matter to safeguarding the interests regarding the psychological damage that it could cause.

Based on comparative law, it has been determined that the most efficient standard is *astreintes*, which establishes a financial penalty on the estate of the individual due to his failure, since deprivation of liberty does not correspond but as a measure purely of criminal nature.

Finally, the paper proposes an amendment to the existing Code of Childhood and Adolescence, incorporating *astreintes* as a sanction against default and obstruction of visitation.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I. PRINCIPIOS Y DERECHOS APLICABLES AL RÉGIMEN DE VISITAS	3
1.1. El interés superior del niño, niña y adolescente aplicado al régimen de visitas en el Ecuador	3
1.2. Doctrina de la Protección Integral	10
1.2.1. Doctrina de la protección integral contemplada en la normativa ecuatoriana	14
1.3. El Derecho a la Convivencia Familiar	16
1.3.1. La importancia de la convivencia familiar y su incidencia en el desarrollo integral del niño, niña y adolescente	22
1.4. El Derecho de Visitas	26
1.4.1. Ventajas de la tenencia compartida aplicadas al derecho de visitas	31
1.4.2. Definición y características del derecho de visitas	35
2. CAPÍTULO II. EL RÉGIMEN DE VISITAS EN EL ECUADOR	38
2.1. Elementos fundamentales para el establecimiento del régimen de visitas en el Ecuador	39
2.1.1. Mecanismos para establecer el régimen de visitas	41
2.2. El síndrome de alienación parental.	44
2.2.1. Análisis jurídico del tratamiento del síndrome de alienación parental	48
2.2.2. Consecuencias del uso del síndrome de alienación parental en los niños, niñas y adolescentes	53
2.3. Problemática jurídica del régimen de visitas y su determinación en el Ecuador	55

2.4. Casos emblemáticos del incumplimiento al régimen de visitas	63
2.4.1. Caso Salim Zaidán.....	64
2.4.2. Caso Fausto Miño Zambrano.....	66
2.4.3. Caso Gustavo Recalde	68
2.4.4. Caso Israel Salinas Zambrano	70
3. CAPÍTULO III. MEDIDAS COERCITIVAS PARA EVITAR LA OBSTACULIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS	72
3.1. Análisis del artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia	72
3.1.1. El apremio personal.....	74
3.1.2. La retención indebida del hijo o hija	78
3.1.3. La obstrucción del régimen de visitas	79
3.2. Contenido básico de una propuesta normativa al artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.....	80
3.3. Viabilidad de la utilización de una medida coercitiva para evitar la obstaculización del régimen de visitas.	81
3.4. Las astreintes.....	85
3.4.1. Análisis jurisprudencial de la utilización de astreintes	90
3.4.2. Aplicabilidad de las Atreintes o multa pecuniaria en el marco jurídico ecuatoriano	94
CONCLUSIONES.....	99
RECOMENDACIONES	102
REFERENCIAS.....	103
ANEXOS	110

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata la problemática que existe respecto al incumplimiento del régimen de visitas en el Ecuador. Al momento de la ruptura conyugal o separación de los convivientes se establece el régimen de visitas en favor del progenitor alejado del hogar, por lo que, es de trascendental importancia el estudio pormenorizado de cada uno de los factores que causan la obstrucción al régimen de visitas, así como también la retención indebida del hijo o hija.

Dentro del primer capítulo se abordará temas como el interés superior del niño su importancia y consideración dentro de las resoluciones emitidas por los operadores de justicia. Finalmente se procederá a realizar un análisis de la doctrina de la protección integral que el hijo o hija necesita para su óptimo desarrollo.

En el segundo capítulo se estudiará los elementos fundamentales para establecer un correcto régimen de visitas en favor del hijo o hija con el fin de evitar que se desarrolle el síndrome de alienación parental más conocido como S.A.P., de igual forma se realizará un análisis jurídico respecto de dicho síndrome y sus consecuencias en los niños, niñas y adolescentes, también se revisará la problemática jurídica y todos los aspectos que engloba el régimen de visitas y finalmente se determinará el incumplimiento al régimen de visitas con la ayuda de entrevistas a personas que vivieron esta problemática existente en el Ecuador.

En el capítulo tercero se realizará un análisis del artículo 125 con el fin de determinar cuáles son las sanciones más efectivas en cuanto a la obstrucción del régimen de visitas así como la retención indebida del hijo o hija, de igual forma se determinará si es aplicable una propuesta de reforma al artículo antes mencionado respecto de las sanciones establecidas para estas dos figuras.

Por otro lado se determinará si es viable la utilización de una medida coercitiva para solucionar la problemática de la obstaculización del régimen de visitas tomando como ejemplo al derecho comparado, en cuanto, a las posibles soluciones frente a esta problemática como son las denominadas Astreintes, y por último conclusiones y recomendaciones derivadas del presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO I

1. Principios y derechos aplicables al régimen de visitas

A través del presente capítulo más allá de las estipulaciones normativas o doctrinarias que puedan darse enfatizaremos los principios y derechos que han otorgado la importancia del régimen de visitas.

En primer lugar el interés superior del niño, niña y adolescente, como principio constitucional indica, que debe respetarse el acceso del hijo o hija a la convivencia armoniosa con el progenitor alejado del hogar, siendo necesario analizar el mencionado principio con el objetivo de determinar su efectividad en la realidad jurídica ecuatoriana.

Otro de los principios con los que se vincula el régimen de visitas, es la doctrina de protección integral, el cual se refiere al entorno que debe rodear a este grupo de atención prioritaria.

A su vez el presente capítulo realizará un análisis de la evolución de la familia en la sociedad actual, y como los diversos tipos de familia sin excepción deben respetar el derecho de visitas, siendo este el nexo para una convivencia familiar acorde a las necesidades emocionales de los niños, niñas y adolescentes.

Finalmente el capítulo, profundiza la definición del derecho de visitas, así como los criterios doctrinarios más destacables, que permitirán entender la importancia de este derecho.

1.1. El interés superior del niño, niña y adolescente aplicado al régimen de visitas en el Ecuador

Para entender mejor el tema sobre el cual se basa el presente trabajo es necesario familiarizarse con los conceptos claves que lo conforman, en lo

concerniente al interés superior del niño, niña y adolescente existen varias definiciones, dentro de las principales se expone la siguiente: “[...] un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.” (Cillero, 1998), bajo ningún criterio este interés puede ser tratado de manera aislada, pues este principio, responde a un conjunto de acciones tendientes a garantizar un entorno social favorable para su desarrollo.

Al respecto el tratadista Cabrera (2010, pp. 23) manifiesta que:

“La concepción del “interés superior del niño”, inviste una compleja circunscripción, ya que se trata de un código difuso con un alcance total; que en teoría debe aplicarse cuantas veces favorezca al menor y que además, posee orden de prevalencia frente a cualquier otro derecho que se coteje [...]”

Esta definición es clara al expresar que el interés superior del niño, niña y adolescente, al ser un principio extenso, abarca todos los campos del derecho que pudiesen vincularse con el real cumplimiento del mismo.

Otra definición acerca del interés superior del niño es la siguiente:

“El llamado <<interés superior del niño>> debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña.” (Gatica y Chaimovic, 2002)

Sin duda alguna las definiciones y características dadas por los tratadistas, tienen un solo objetivo, el de tutelar todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, permitiendo establecer la importancia dentro de la normativa nacional vigente, a su vez promulga el debido respeto del bien jurídico protegido, teniendo en cuenta que el interés superior tendrá supremacía frente a cualquier otro derecho cotejado.

El principio de interés superior, surge con la Convención de La Haya el 25 de octubre de 1980, la cual trata sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de la época, y consagra dentro de sus disposiciones el irrestricto respeto y cumplimiento de sus derechos, su estabilidad emocional y la no agresión física. Esta convención marca un hito histórico dentro de la evolución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya que, puso en la palestra de todos los países suscriptores, la problemática existente, y la necesidad urgente de mejorar las condiciones en ese entonces.

Una vez entendido el concepto de interés superior del niño se procederá a estudiar las características que conforman dicho principio, mismas que son las siguientes: “[...] rector guía, *in dubio pro homine*, multifactorial, Interpretativo, llena los vacíos legales, Es prioridad de las políticas públicas, reviste especial gravedad en caso de violación.” (Cabrera, 2010, pp. 33)

Como dice Cabrera (2010, pp. 33) las características del interés superior del niño, niña y adolescente se las entiende como un principio **rector guía** por reconocimiento del Comité de los Derechos del niño, donde se señala que adquiere este apelativo al ser considerado un principio general en la Convención sobre los Derechos del Niño; es “*in dubio pro homine*”, al ser un principio ligado al interés superior del niño y se deriva de los derechos humanos, se debe aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona, motivo por el cual, este principio tiene una prioridad suprema sobre otros, por el respeto propio al ser humano; es **multifactorial** porque a pesar de las muchas actividades que se desarrollan en torno al desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, al final del camino todos buscan un mismo objetivo pero a su vez ninguno deja de observar este principio; es interpretativo, ya que, las disposiciones referentes a niños, niñas y adolescentes, no pueden ser rígidas, su tratamiento debe responder a la evolución propia de la sociedad; **llena los vacíos legales**, pues representa una evolución a favor del bien jurídico protegido; es **prioridad de políticas públicas**, debido a su vinculación directa como cada acto que se emana desde la administración pública ejemplo

de esto, políticas de convivencia entre padres e hijos post divorcio; **reviste especial gravedad en caso de violación** como bien señala el autor, necesitan de un poder coercitivo, ante lo cual los cuerpos normativos, deben contemplar como agravante al hecho juzgado, que se encuentren violentando las disposiciones del interés superior del niño, niña y adolescente.

Este principio tiene una estrecha relación con normativa jurídica internacional, en este caso se invoca a la Convención sobre los Derechos del Niño la cual señala lo siguiente:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” (Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989, Art. 3, párrafo 1)

Claramente la norma internacional evoca la participación activa del Estado en la protección de este principio, estableciendo la necesidad de un trabajo conjunto entre los tres poderes principales.

Desde el poder legislativo, en uso de sus competencias debidamente señaladas la Constitución de la República, establece que: “La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones [...]” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 132); los actos normativos que se generen, deberán respetar este principio, y no deberán vulnerar en lo más mínimo el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

En lo concerniente al poder ejecutivo, dentro del ámbito de su competencia, y cuyas labores confieren: “Las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art.141), por lo que se deberá enmarcar sus actuaciones, con el irrestricto respeto del principio

del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, buscando siempre la evolución favorable a sus legítimos intereses.

Finalmente el poder judicial, que atendiendo a sus competencias, al momento de analizar y dictaminar sus resoluciones en los casos presentados, debe obligatoriamente invocar a este principio por encima de cualquier otro.

El efectivo respeto del interés superior del niño, niña y adolescente, por parte de estos tres poderes permitirá un Estado debidamente equilibrado en su tratamiento de este grupo de atención prioritaria.

Concordante con la mencionada convención, la Constitución establece lo siguiente:

“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.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 44)

La estipulación de este principio en la Carta Magna, le confiere el carácter constitucional y de supremacía, más aún, si la mayoría de convenios y tratados internacionales lo consagran, no cabe duda que su cumplimiento es obligatorio, motivo por el cual se exige al Estado normar políticas públicas que reflejen su plena vigencia.

Sobre lo expuesto este principio, se refleja con mayor profundidad, en normas específicas de la materia como lo es el Código de la Niñez y Adolescencia el cual señala:

“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; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 11)

Sobre lo expuesto, se puede destacar la imposición de actuaciones correctas a todo tipo de autoridades, con el objetivo de orientarlas en pro de mejorar las condiciones de los niños, niñas y adolescentes.

Se puede interpretar que el interés superior del niño, niña y adolescente, compete en exclusividad al aparato estatal, sin embargo, el Código de la Niñez y Adolescencia señala que la participación de personeros privados es muy importante, ya que, como agentes individuales, cada una de sus actuaciones fortalecerá el sistema de respeto emitido por el poder legislativo.

Al respecto se señala que:

“Que debe entenderse por interés del menor, ninguna Ley lo dice, ni podrá hacerlo satisfactoriamente, habida cuenta de que toda previsión a priori podría pecar por exceso o por defecto, y que el interés del menor, globalmente considerado, es la síntesis lógica y efectual de una amplia gama de componentes, objetivos y subjetivos, variables según las más diversas modalidades y circunstancias y de ahí relativo.” (Dagnino, 1975, pp. 322)

De acuerdo a lo establecido, es claro pensar que cada definición presentará variables en su contexto, situación por la cual es importante el papel subjetivo de las autoridades judiciales, para que en cada caso apliquen su sana crítica enfocada siempre en el entorno favorable, fomentando un desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Concordante con lo expuesto:

“[...] no hay más que concluir que el interés del menor no es un concepto abstracto, sino que posee nombres y apellidos, y una nacionalidad y un lugar de residencia, y unas circunstancias que moldean al menor. Cada caso exigirá una respuesta concreta, personalizada, en el que la autoridad competente ha de ser, con carácter general, la más cercana al menor, que será la que mejor preparada este para conocer su situación, y cuya respuesta debe ser valorada, medida y justificada en las circunstancias que lo rodeen”. (Durán, 2004, pp. 169)

Este criterio bajo ningún concepto afecta la necesidad de que este principio conlleve un marco regulatorio general dado por el Estado, pero ahonda en la necesidad de analizar a detalle cada caso y la sensibilidad que exige su tratamiento. Situación que particularmente atañe a los casos judicializados, ya que, la administración de justicia, no puede limitarse a la simple aplicación de lo estipulado en el marco jurídico, sino, debe responder a la situación especial de cada niño, niña y adolescente.

La normativa ecuatoriana refleja lo primordial que constituye el principio de interés superior del niño, niña y adolescente, pero su aplicación favorable implica variables no consideradas. El ejercicio efectivo de este derecho no puede estar limitado a su simple invocación, ya que, debe estar debidamente motivado junto con el análisis particular de las circunstancias que rodea cada caso. Tal conclusión se encuentra respaldada en el pronunciamiento de la Corte Constitucional del Ecuador que según el Recurso Extraordinario de Protección publicado en el Registro Oficial suplemento 261 de 05 de Junio de 2014, concluye en lo concerniente a la aplicación del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, lo siguiente:

“[...] Sin embargo, este principio no implica que se dicte resolución inmotivada o peor aún, que en su nombre se vulnere el debido proceso; es decir, la invocación de este principio, no implica que se exima al juzgador del deber del ejercicio argumentativo para efectos de emitir su resolución [...]” (Corte Constitucional del Ecuador, Recurso de Protección 75, 2014, pp.13)

En la práctica procesal de esta materia, constantemente se invoca al interés superior del niño niña y adolescente dentro de sus resoluciones, casi como una solemnidad para la validez de la misma, sin que dicho principio sea analizado en cada caso particular que amerita el juzgamiento del administrador de justicia. Es por esta razón, que la jurisprudencia señalada, obliga constantemente que los jueces o administradores de justicia profundicen y puedan dirimir minuciosamente los procesos, toda vez que, cada caso tiene diferentes características, más si se considera el derecho de visitas como bien

jurídico protegido, el cual deberá responder a problemáticas distintas, pues cada niño, niña y adolescente presenta sus propias particularidades.

Lo revisado permite evidenciar que el interés superior del niño, niña y adolescente, debe vincularse estrechamente con el derecho de visitas, desde una perspectiva de integración acorde a la realidad de cada caso. No a través del señalamiento de fechas para que se efectúe las visitas, sino, a través de procesos de integración que procuren el bienestar del niño, niña y adolescente, con la finalidad de fortalecer el vínculo afectivo entre padre e hijo. No puede existir un cumplimiento de este principio, sin que exista la debida observancia de la voluntad del niño, en el caso de que sea mayor de 12 años; y, menos aún pretender generar lazos afectivos sin una regulación correcta del régimen de visitas. En consecuencia para una correcta vinculación del régimen de visitas con el interés superior debe anteceder valoraciones técnicas que brinden un adecuado criterio sobre la manera de cómo el padre que no posee la tenencia acceda al niño, niña y adolescente, con el fin de evitar que se vulnere el derecho de visitas y demás derechos conexos.

1.2. Doctrina de la Protección Integral

“El futuro de los niños es siempre hoy. Mañana será tarde”

Gabriela Mistral

La Doctrina de la Protección Integral surge con el reconocimiento de los derechos del niño como auténticos derechos humanos y tiene como objetivo el reconocer al niño, niña y adolescente como sujeto de derechos y no como objetos de derechos.

Una definición clara respecto de la Doctrina de la Protección Integral es la siguiente:

“El conjunto de acciones, políticas, planes y Programas que con Prioridad Absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la Familia y la sociedad para garantizar que todos los Niños y Niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos

humanos a la Supervivencia, al Desarrollo y a la Participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentren los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos.” (Buaiz, 2004, pp.33)

Concordante con lo expresado se establece que:

“Es el reconocimiento que hace la doctrina de protección integral a los niños como personas sujetos de derechos, con toda la capacidad para exigir sus derechos y responsabilizarse de sus acciones, a su vez el protagonismo efectivo que tiene el Estado, la Familia y la Sociedad en la garantía y cumplimiento de los derechos.” (Ordeñana, 2000, pp. 3)

El desarrollo de un Estado, implica un pleno reconocimiento del valor relevante y la protección que requieren los principales grupos de atención prioritaria de una sociedad, en especial el de los niños, niñas y adolescentes, que implica dos escenarios. En primer lugar; el Estado debe generar un marco de políticas públicas que considere a este grupo, como prioritario. Y en segundo lugar un sistema de justicia que sancione fuertemente cualquier vulneración de sus derechos, y que procure resarcir los daños ocasionados.

El tratadista García (1994, p.35) menciona cuatro instrumentos básicos, que sirvieron como base para el establecimiento de la Doctrina de la Protección Integral:

1.- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la justicia Juvenil (Reglas de Beijing). Mismas que fueron adoptadas por la Asamblea General de la ONU mediante resolución. Instrumento jurídico mediante el cual se regula principios básicos para la administración de justicia. Dentro de los principales aportes de este instrumento, se encuentra el aporte del criterio de mayoría de edad penal que señala:

“En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.” (ONU, Resolución 40/33, 1985, pp.207)

2.- La Convención Internacional sobre de los Derechos del Niño, adoptada en la Asamblea General Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. Es un Tratado Internacional de 54 artículos que profundiza sobre los derechos de los niños niñas y adolescentes, reafirmando la necesidad de proporcionarles cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad, subraya de manera especial la responsabilidad primordial de la familia por lo que respecta a la protección y asistencia.

3.- Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de RIAD), estas medidas fueron adoptadas por la Asamblea General mediante resolución 45/112 de fecha 14 de diciembre del 1990. En estas medidas se considera que la prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad. Siendo apreciable el concepto de la responsabilidad social de cada uno de los miembros de la sociedad en evitar que un miembro juvenil desencadene sus actuaciones en actos delictivos, debiendo para el mismo enfocar las actuaciones en un contexto de armonía y con las oportunidades suficientes para su desarrollo.

4.- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad. Adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990, mediante resolución 45/113) Este instrumento se aplica a todos los tipos y formas de establecimientos de detención en donde se priva a las personas menores de edad de su libertad. Como un aporte principal se refleja el irrestricto respeto de los derechos humanos de los privados de libertad, y más aún la consideración que debe existir por su condición de grupo vulnerable.

De los referidos cuerpos legales, son de trascendental importancia para el tema del presente subcapítulo referente a la Doctrina de Protección Integral en lo que atañe al derecho de visitas, La Convención Internacional de los Derechos del Niño así como Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de RIAD), toda vez que, estos instrumentos profundizan sobre los derechos de los niños niñas y

adolescentes, reafirmando la necesidad de proporcionarles cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad, se resalta de manera especial la responsabilidad primordial de la familia en lo que respecta a la protección y asistencia. Es de suma importancia destacar que al señalarse a la familia como responsable de precautelar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, al ser este el núcleo de la sociedad, se procurará su fortalecimiento e integración.

Finalmente es destacable, el concepto de la responsabilidad social, sobre cada uno de los actos que generen los niños, niñas y adolescentes. Pues, la vulnerabilidad de su condición no los puede hacer directamente responsables de sus actos, siendo esencial considerar que si la sociedad en conjunto no proporcionó y tampoco informó las herramientas necesarias para evitar actos alejados del “deber ser”. Y dentro de lo expuesto, como no mencionar aquello relacionado al derecho de visitas, que claramente es una medida de directa afectación al niño, niña y adolescente, en la evolución de su personalidad, constituyéndose un deber de protección del estado, para evitar a futuro ciudadanos que no aporten a la sociedad.

Sobre lo expuesto:

“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 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 pernoctas y cómo distribuir las vacaciones.” (Trabazo, 2012)

Se observa el criterio acertado respecto de este derecho, que más allá de lo jurídico, se pronuncia sobre un aspecto relevante como lo es el psicológico el cual esta está ligado al desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

1.2.1. Doctrina de la protección integral contemplada en la normativa ecuatoriana

En relación a la normativa vigente en el Ecuador, la Doctrina de Protección Integral se encuentra consagrada en la Carta Magna estipulando lo siguiente:

“Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 175)

La norma obliga a cada uno de los jueces, a que la señalada doctrina sea elemento sustancial en sus actuaciones. Y claro, esto responde a que una disposición judicial mal aplicada puede violentar sus preceptos. Tal como es el caso de las disposiciones judiciales referentes al régimen de visitas, que de coartar este derecho, puede afectar directamente al desarrollo del niño, niña y adolescente; y, a su vez afectar su desarrollo integral que ineludiblemente requiere de la participación de los padres en conjunto, independientemente de su relación como pareja *per se*.

El Código de la Niñez y Adolescencia, como cuerpo legal especializado, establece:

“Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 1)

Sobre lo expuesto, las estipulaciones del código buscan la protección en cada una de las acciones, que tomen como base las disposiciones de este cuerpo normativo.

El Ecuador en aras de buscar un cumplimiento manifiesto de esta doctrina, a través del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, ha creado el Plan Decenal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia, estableciendo todas las políticas que procuren un desarrollo armónico con las actuaciones del Estado, finalidad valedera para no realizar actuaciones gubernamentales que contravengan el ordenamiento jurídico internacional.

Dentro de sus varios objetivos, en lo concerniente al tema que atañe el presente desarrollo se señala el **“Fortalecer las capacidades y vínculos afectivos de las familias**, como espacio sustancial que cumple el papel fundamental de protección a niños, niñas y adolescentes” (El énfasis es mío). Lo señalado colige con el derecho de visitas, pues el círculo de un hogar no se centra en la obligatoria permanencia del padre y madre en una relación conyugal, sino que independientemente de la relación que como padres les obliga, se tiene que buscar el desarrollo de los hijos de una manera acorde y que no deteriore los lazos que sanguíneamente los une. Concordante con aquello el Código de la Niñez y Adolescencia estipula: “El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes.” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 100)

De todo lo expuesto, se define que la doctrina de protección integral, es una pieza fundamental el cual evita que los conflictos que se generen entre los progenitores, afecten a los hijos, y vulneren su derecho a tener como partícipes constantes en su desarrollo a cada uno de los padres. Situación por la cual se desprende como deber fundamental de la administración de justicia, evitar artimañas que busquen coartar a la otra parte en conflicto la correcta convivencia con el niño, niña y adolescente, debiendo finalmente utilizarse el sano criterio del juez amparado en los preceptos de equidad, para encontrar caminos que afecten en menor proporción su desarrollo cotidiano.

1.3. El Derecho a la Convivencia Familiar

La familia es considerada el núcleo más importante dentro de la sociedad, más la definición de la misma contiene implícitos varios principios que regulan la actividad de la institución y de cada uno de sus integrantes.

Tradicionalmente diversas definiciones fueron dadas a la familia, para ser considerada como tal, se le exigía un vínculo formal correspondiente, como se señala a continuación:

"La familia es un sistema social integrado por **personas de diferente sexo y edad que tienen una relación de parentesco por consanguinidad o por afinidad y cuyo propósito es la convivencia prolongada y la realización de actividades cotidianas estrechamente relacionadas con la reproducción social**: reproducción biológica o más precisamente bio-social, mantenimiento cotidiano de las personas, reposición de la fuerza de trabajo, socialización primaria de niños y jóvenes y en general con la reproducción cultural." (Reca, 1993, pp. 8)

En ese mismo contexto Carbonnier (1991, pp. 7) señala que:

"[...] familia es el conjunto de personas ligadas por el matrimonio, o por la filiación, o bien por individuos vinculados por lazos de consanguinidad o afinidad resultantes a su vez de relaciones matrimoniales o paterno familiares."

La concepción tradicional de familia, determinaba que las mismas nacen de un acto generador de derechos, que podía ser el matrimonio, o la interacción biológica, limitada solo al hombre y a la mujer. El referido vínculo jurídico, señalaba esta condición como requisito *sine qua non* para la consideración de familia.

Por su parte el tratadista Zannoni (1985, pp. 5) manifiesta que la familia es:

"El conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, independientes y recíprocos emergentes de la unión sexual y la procreación. **Allí donde no existe vínculo jurídico no existirá tampoco relación jurídica familiar, aunque ello implique una discordancia con el vínculo biológico.**"

Incluso la concepción antigua de familia, permitía que autores como el señalado enfatizan sobre la importancia del vínculo jurídico, independientemente si ese vínculo se formó por matrimonio o como unión de hecho entre otros.

Las definiciones dadas reflejan etapas históricas del pensamiento humano, y como resultado de aquello, regían el desarrollo de la sociedad en su momento, a *priori* podrían ser calificadas de arcaicas, pero se debe recordar que eran muestras de legítima expresión de un momento histórico específico.

Con la evolución de la sociedad tales definiciones han sufrido trascendentales variaciones, siendo así que criterios de libertad, no discriminación, igualdad y libre albedrío marcan a definición actual de la familia.

Es así que, los autores Grosman y Martínez (2000, pp. 35) respecto de la familia en la actualidad señala que: “es la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, **en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa**” (el énfasis es mío). La definición dada por los autores claramente enmarca lo que la doctrina llama “la familia ensamblada”, constituida por todas aquellas personas filialmente relacionadas con la pareja, provenientes de relaciones anteriores.

Es destacable que en esta definición de familia ensamblada, se eliminan criterios sobre cuando los hijos son legítimos y cuando no, ya que la mera determinación del grado de padre o madre permite su igualdad con cualquier consanguíneo. Sin embargo mantiene un criterio limitado al mantener como hecho originador el matrimonio o unión de hecho.

No obstante, ya se proporcionan los primeros criterios ampliados de familia en la actualidad, al señalar que:

"La familia es una unidad de convivencia en la que se ponen los recursos en común, entre cuyos miembros hay una relación de filiación o matrimonio, ya no es un esquema necesariamente padre - madre - hijos. Ahora existen otras formas de familias; los divorciados/as con hijos, las mujeres con hijos que no se casan, las mujeres que voluntariamente no tienen hijos o aquellas quienes deseando no pueden tenerlos; los hombres o mujeres solos/as que adoptan hijos, etc." (Alberdi, 1997, pp.8)

El autor consolida el acto de constitución de una familia y la mancomunidad sin que necesariamente sea entre padre, madre e hijos. Inclusive la familia se amplía, y no se limita a las personas que han decidido desarrollarse individualmente, o las parejas que prescinden de la necesidad de tener hijos, ya que cada caso particular refleja la conformación de una familia, amparada en su principio de libertad.

De lo señalado, al analizar la familia, se debe tener especial cuidado al definirla, no se puede pretender que los niños, niñas y adolescentes en calidad de grupo de atención prioritaria, no cuenten con este núcleo esencial para su desarrollo, solo por el hecho de que uno de los progenitores, o ambos, no se encuentren en la convivencia diaria o se encuentren alejados del hogar.

El desarrollo jurídico del concepto de familia a nivel del Ecuador, no ha llegado a instancias evolutivas que hayan establecido precedentes relevantes y trascendentales, pero de conformidad con el derecho comparado, países con similares condiciones socioculturales, han sentado precedentes importantes, tal es el caso de la Jurisprudencia peruana es clara al señalar que:

"8. En lo que respecta a la familia, siendo un instituto constitucional, ésta se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. **Consecuencia de todo ello es que se hayan generado estructuras familiares distintas a la tradicional, como son las familias de hecho, las monoparentales o las reconstituidas. Al respecto, debe preciarse que, de lo expuesto no debe deducirse que la familia se encuentra en una etapa de descomposición, sino de crisis de transformación; se trata por el contrario de la normal adaptación de esta institución a los rápidos**

cambios sociales, políticos históricos y morales de la mayoría de la población.” (Jurisprudencia N.º 04493-2008-PA/TC, 2008), (el énfasis es mío).

Resulta de valiosa importancia lo expuesto en la jurisprudencia señalada, puesto que, en lo que atañe a la valoración de lo que está pasando en la sociedad actual, ya que, se estaría errando al valorar como una etapa de descomposición de la sociedad respecto de lo que pasa hoy en día con la familia. Claramente la corte señala que en los actuales momentos lo que se vive es una *crisis de transformación* amparada en cambios sociales veloces que representan una adecuación del marco jurídico regulatorio, que generalmente no se está desarrollando a la par con lo que en la actualidad exige la sociedad.

Hablar del término familia hoy en día no solo implica únicamente dos personas de diferente sexo que supieron procrear hijos biológicos dentro de la convivencia o el modelo tradicional de familia, pues en la actualidad, la familia ha roto un paradigma en cuanto a la conformación e integración de la misma.

La familia en la actualidad ya no tiene una sola matriz respecto de su conformación, cada vez se unen diferentes tipos de familias a la sociedad, entre las más destacadas tenemos:

1. Familia nuclear, integrada por padres e hijos.
2. Familias uniparentales o monoparentales, se forman tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, el divorcio, la separación, el abandono o la decisión de no vivir juntos.
3. Familias polígamas, en las que un hombre vive con varias mujeres, o con menos frecuencia, una mujer se casa con varios hombres.

4. Familias compuestas, que habitualmente incluye tres generaciones; abuelos, padres e hijos que viven juntos.
5. Familias extensas, además de tres generaciones, otros parientes tales como, tíos, tías, primos o sobrinos viven en el mismo hogar.
6. Familia recompuesta, que vienen de otros matrimonios o cohabitación de personas que tuvieron hijos con otras parejas.
7. Familias migrantes, compuestas por miembros que proceden de otros contextos sociales, generalmente, del campo hacia la ciudad.
8. Familias apartadas, aquellas en las que existe aislamiento y distancia emocional entre sus miembros.
9. Familias homosexuales.

Los diversos tipos de familia, pueden variar de acuerdo al tratamiento doctrinario aplicable, *ergo*, resulta importante el pleno reconocimiento que tienen según nuestra legislación, es así que la Constitución de la República del Ecuador ordena lo siguiente:

“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.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 67)

Concordante con la norma constitucional, en lo que concierne a la protección de los derechos de los integrantes de la familia, en sus numerales se señala lo siguiente:

“1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, **en**

particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

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.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 69, numerales 1, 4, 5)

Respecto de la familia, las normas especializadas en esta materia son elocuentes en su importancia, tal es el caso del primer inciso del artículo 9 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que establece: “La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 9, inciso 1)

Como lo establece el inciso señalado, la familia constituye el eje fundamental, para el desarrollo integral de este grupo de atención prioritaria, situación por la cual toda resolución debe enfocarse en su fortalecimiento. Pero este derecho no puede ser exigido directamente por el niño, niña y adolescente, corresponde de acuerdo al segundo inciso del mismo artículo 9 “[...] al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 9, inciso 2)

Una vez que se ha definido a la familia, es menester enfatizar en que no solo su conformación, independiente de la que sea, es la que otorgará el desarrollo mínimo requerido para los niños, niñas y adolescentes, será la convivencia familiar en los miembros que la integran, la que logrará otorgar un espacio de armonía y desarrollo de manera global.

1.3.1. La importancia de la convivencia familiar y su incidencia en el desarrollo integral del niño, niña y adolescente

El derecho a la convivencia familiar es de trascendental importancia, por lo que, al respecto se señala lo siguiente:

“La convivencia familiar suple una serie de déficit de carácter emocional y garantiza oportunidades para el desarrollo económico de las personas. Un ejemplo de ello es la niñez: la convivencia posibilita la estabilidad económica y afectiva para incorporarse y mantenerse en el sistema educativo. Igual ocurre con la población adolescente: la convivencia familiar garantiza estabilidad afectiva y posibilidades mayores en el ámbito económico y social.” (Vega y Allen, 2001, pp. 27)

Los autores enfatizan acerca del carácter emocional de la persona y más aún en el caso de niños, niñas y adolescentes, que requieren de este, como base para su desarrollo social, afectivo y económico.

La importancia de la convivencia familiar, se la ha constituido como un derecho, que tiene el revestimiento de la Constitución vigente de la República del Ecuador, manifestando lo siguiente:

“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.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 45, inciso 2)

Por tal motivo, la convivencia familiar resulta de vital importancia dentro del desarrollo de los hijos o hijas, ya que, la plena interacción del niño con todos los miembros de la familia, conlleva una serie de beneficios de orden psicológico, emocional, económico y armónico los cuales van a mejorar el entorno donde residen los niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado la disposición final del referido artículo de la Constitución exceptúa el derecho a recibir información acerca de familiares o progenitores, **en los casos que resultase perjudicial para su bienestar**; lo señalado y respaldado con el carácter de constitucional que se le otorga resulta una delicada interpretación, ya que, mal entendido por parte de alguna autoridad judicial, podría afectar a derechos también consagrados en el mismo cuerpo normativo, y en lo referente al derecho visitas, se podría ver seriamente restringido.

Por cuanto este trabajo de Titulación se refiere al Régimen de Visitas, es importante recordar que la Convención sobre los Derechos de los Niños dispone lo siguiente:

“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.” (Convención sobre los Derechos de los Niños, 1989, Art. 9, numeral 3)

En primer lugar, lo estipulado representa un avance importante en materia de niñez y adolescencia, pues, reconoce expresamente la existencia de una conformación variable de una familia, y que podría inmiscuir la separación del niño, niña y adolescente, de uno o de los dos progenitores. De igual forma se expresa la importancia del contacto directo de manera regular, pero no siendo impuesto con el fin de que afecte a un principio de relevancia trascendental como lo es el de interés superior del niño, pues su trasgresión justificará momentáneamente la obstrucción del régimen de visitas hacia el progenitor alejado del hogar, sino cuando los administradores de justicia y demás dependencias ligadas a la niñez y adolescencia se comprometan a establecer políticas de recuperación y rehabilitación, que proporcionen un entorno favorable.

Respecto de lo expuesto, de acuerdo al derecho comparado, existe jurisprudencia que resume la importancia de la convivencia familiar en el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, siendo así, que en Colombia la Corte Nacional de Justicia expide la siguiente jurisprudencia al respecto:

“[...] la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esta perspectiva, es posible hacer una referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que **la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales.**” (Corte Nacional de Justicia, Sentencia tercera Instancia, 17997-M.P, 2009), (el énfasis es mío).

El Código de la Niñez y Adolescencia, en lo que concierne a la convivencia familiar, dispone:

“Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías.” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 21)

Como se observa es recurrente la salvedad referente a que las visitas o presencia del progenitor que no convive con el hijo, afecte directamente derechos conexos que sean de primer orden para el óptimo desarrollo del niño, niña y adolescente, como una motivación trascendental para impedir un régimen de visitas normal, pero es importante señalar que se trata de una

disposición muy delicada que debe ser analizada por parte de las autoridades judiciales del Ecuador, pues, en la práctica se está convirtiendo en un arma recurrente para **torpedear y obstruir** el derecho de visitas, debido a la ausencia de normativa que establezca parámetros generales que determinen una real afectación a su integridad.

Dentro de la normativa ecuatoriana, respecto del derecho de convivencia familiar se estipula que:

“Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia. Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley. En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral [...]” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 22)

La citada norma es clara respecto de la prioridad que debe darse para el desarrollo conjunto con sus familiares biológicos, en razón de que, este vínculo sanguíneo proporciona un apego directo en cualquier evolución o etapa de su desarrollo, e incrementa las probabilidades de que la convivencia familiar sea óptima, más la realidad de la sociedad, no es siempre aquella, por lo cual acertadamente en su inciso tercero el mismo artículo señala la prioridad de brindar un clima de afecto y comprensión, características esenciales que definen un verdadero núcleo familiar, ante lo cual incluso se plantea la posibilidad de otro tipo de familias para el niño, niña y adolescente, tras el cumplimiento de los requisitos de ley.

Al respecto el tratadista López (1995, pp.76), señala que: “la forma de construir el ambiente familiar, donde el **padre y la madre no se improvisan sino que se perfeccionan continuamente para favorecer positivamente a sus hijos**” (el énfasis es mío).

Finalmente, a través del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia ha creado el Plan Nacional Decenal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia, que establece políticas como: “[...] garantizar a los niños y niñas un hogar donde vivir en **condiciones de seguridad, identidad, libre de violencia y con estabilidad emocional.**” (Plan Nacional Decenal de Protección a la Niñez y Adolescencia, 2004, pp. 19)

El mencionado cuerpo normativo de igual forma señala que:

“A través de la relación que mantiene el niño o niña con su madre y padre aprenden a establecer los vínculos afectivos que les permitirá más adelante formular sus relaciones con las otras personas, de ello dependerá la calidad de sus relaciones y de su vida misma.” (Plan Nacional Decenal de Protección a la Niñez y Adolescencia, 2004, pp. 19)

Las políticas señaladas hacen alusión a las relaciones familiares y su importancia en la evolución, siendo por lo tanto trascendental, que como parte de estas políticas se prohíba afectaciones al derecho de visitas, ya que con la sola ausencia de un progenitor, por motivos no justificados o por inobservancia de los elementos de juicio por parte de los administradores de justicia y/o su sana crítica podría causar daños irreversibles en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

1.4. El Derecho de Visitas

La evolución de la sociedad, ha determinado vínculos familiares, que no necesariamente implican el modelo tradicional de familia, por el contrario, cada vez es más frecuente la ausencia de alguno de los progenitores, siendo importante, la existencia de un marco jurídico regulatorio, que garantice el igualitario acceso de los niños a sus progenitores, con el fin de precautelar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

La determinación del derecho de visitas, generalmente viene precedido por la separación del vínculo conyugal, más existen casos en los cuales nunca se

configuró el mismo, pero existen obligaciones ocasionadas por el reconocimiento de la paternidad o maternidad, según corresponda.

Sobre los derechos y obligaciones que los padres tienen para con los hijos, derivados de la patria potestad, se manifiesta lo siguiente:

“Conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.” (De Santo, 1999, pp. 725)

De manera clara el autor determina la situación jurídica del hijo o hija respecto del desarrollo integral, este concepto abarca de manera global la toma de decisiones sobre aspectos relevantes de su vida, así como la administración de bienes de los cuales resulten beneficiarios.

Como acto precedente a la determinación de las visitas es menester señalar que precede un acto jurídico de trascendental importancia como lo es la **Tenencia**, misma que se encuentra estipulada de la siguiente manera:

“Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, **confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.**” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 118)

Mientras que el artículo 106 determina las reglas para confiar la patria potestad, que dicho sea de paso son dos figuras jurídicas muy distintas:

- “1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;
- 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;
- 3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de

prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;

5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,

6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 106)

A priori los términos Tenencia y Patria Potestad, podrían verse confundidos, situación por la cual es menester proceder con su diferenciación. A continuación se define a la primera como:

“[...] situación planteada entre los progenitores en relación con su descendencia, y específicamente con sus hijos menores de edad, suele tener lugar ante situaciones de divorcio, separación de hecho, no casados en posición de habitar en distintas moradas o ante la nulidad del matrimonio, lo que debe resolver es a quien corresponde entregar los hijos menores de edad [...]” (Díaz, 2006, pp.641)

Mientras que en lo referente a la Patria Potestad, el tratadista Larrea Holguín (2006, pp.357) define a la patria potestad de la siguiente manera: “El conjunto de derechos y obligaciones que tienen el padre y la madre sobre sus hijos no emancipados”, claramente las definiciones dadas, permiten establecer que la tenencia opera directamente sobre la definición del progenitor o familiar al cual le será entregado el niño, niña y adolescente, para convivir bajo su mismo techo, mientras que la patria potestad, será determinada en función de las disposiciones del artículo 106 antes señalado, y que permitirán ejercer los actos de representación sobre deberes y derechos del niño, niña y adolescente menor de 18 años.

De lo señalado en el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, resulta importante para nuestro análisis el numeral cuarto, mismo que, de conformidad con la jurisprudencia ecuatoriana, ha ratificado su supremacía, es así que, la Corte Constitucional mediante resolución a una Acción Extraordinaria de Protección, manifiesta lo siguiente:

“Al respecto, cabe señalar que a más de lo manifestado, **no es justificable que la Jueza de Instancia conciba como sinónimo de bienestar la situación suntuaria en la que vive el padre, y a la que fue conducida la menor**, pues recordemos que antes de su traslado a Portoviejo, la niña María José vivía con su madre en la Cdla. Garzota en la ciudad de Guayaquil, en condiciones normales, sin contar tampoco con las comodidades que se aprecian en el hogar del demandante, conforme consta en la propia sentencia. Cabe recordar lo dispuesto en el artículo 114 del Código de la Niñez y Adolescencia, que establece: "Art. 114.- Improcedencia de limitar, suspender o privar la patria potestad por razones económicas.- **La circunstancia de carecer de suficientes recursos económicos no es causal para limitar, suspender o privar al padre o a la madre de la patria potestad.** Tampoco se lo hará cuando por causa de migración motivada por necesidades económicas, el padre, la madre o ambos deban dejar temporalmente al hijo o hija bajo el cuidado de un pariente consanguíneo en toda la línea recta o hasta el cuarto grado de la línea colateral. En este caso sólo podrá suspenderse la patria potestad para efectos de confiar la tutela al pariente que recibió el encargo". En este orden, se sustenta la improcedencia de concederle la tenencia al padre y privarle a la madre de su cuidado basados en la carencia de recursos económicos de la demandada, quien demuestra laborar en su taller de costura y contar con medios económicos para sostener a su familia. Igualmente, **la jueza de instancia en su fallo desconoce lo previsto en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, cuando se determina que en caso de falta de acuerdo de los progenitores para confiar la patria potestad, el cuidado de los hijos que no han cumplido doce años se confiará a la madre (13), salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija (14). Además, de no considerar que en el caso de que ambos progenitores demuestren iguales condiciones se preferirá a la madre**, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija (15). En el caso concreto, no ocurrió, conforme se señaló en líneas anteriores, puesto que si la jueza, a su entender, estimó que encargar la tenencia a la madre ocasionaba un perjuicio a los derechos de la niña, debió demostrar o sustentar su afirmación en hechos relevantes (conducta de los padres, edad de la niña, medio familiar, lazos afectivos) y no únicamente basarse en que el entorno del padre ofrece mejores condiciones. En este sentido, "es habitual que ante la separación de los padres, los hijos menores permanezcan conviviendo con la madre [...] Ello encuentra fundamento en que la mujer es quien, tradicionalmente, ha permanecido más tiempo en el hogar, se ha encargado de las tareas domésticas y de las correspondientes a la educación, cuidado y salud de los hijos" (Corte Constitucional, Acción de Protección Registro Oficial Suplemento 572, 2011, pp. 16), (el énfasis es mío).

De importancia relevante resulta el pronunciamiento de la Corte Constitucional al diferenciar primeramente como elemento relevante, en el caso de niños o niñas menores de 12 años, a falta de acuerdo de las partes, la obligatoria entrega de la patria potestad a la madre en razón de que la mujer es quien,

tradicionalmente, ha permanecido más tiempo en el hogar, se ha encargado de las tareas domésticas y de las correspondientes a la educación, cuidado y salud de los hijos.

De igual forma la resolución determina que los factores suntuarios no pueden definir a favor de quien se otorga la patria potestad, más aún sino preceden elementos que demuestren afectación a la niña.

Con lo resuelto por la Corte Constitucional, se evidencia que los criterios para la resolución de la patria potestad, presentan elementos de ventaja a favor de la madre, y claramente no podrían ser en otro sentido, si el espíritu de la norma es efectivamente no afectar ese lazo filial primordial. Criterio que ante la evolución actual de la sociedad no refleja la realidad de muchos casos, pues de manera igualitaria se debería determinar la idoneidad de ambos progenitores para poder determinar la patria potestad y ejercerla.

Retomando las estipulaciones del artículo 106, su último inciso se establece una disposición rescatable al señalar que:

“La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, **a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral**” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 106)

Sin embargo esta limitación final respecto de la afectación a su desarrollo integral, deja abierto un abanico de eventos, que incluso abren posibilidades de no respetar la decisión del adolescente, lo cual claramente obstruye el espíritu de la norma.

El interés superior del niño, niña y adolescente, claramente debe ser respetado ya sea en el caso del otorgamiento de la Tenencia así como de la Patria Potestad a uno de los progenitores o familiares, sin embargo, esta determinación no deben afectar el derecho primordial que son el de las visitas,

pues bajo ningún precepto puede irse en desmedro de las necesidades afectivas del niño, niña y adolescente.

Sobre lo expuesto y ante los criterios vanguardistas que se comienzan implantar de acuerdo al derecho comparado, deberá ser analizada la facultad de la tenencia compartida, como medio ideal para ejercer los cuidados necesarios en el desarrollo del hijo o hija.

1.4.1. Ventajas de la tenencia compartida aplicadas al derecho de visitas

En base de lo expuesto doctrinariamente, en Cuenca, Ecuador se ha interpuesto una demanda de **Tenencia Compartida** por un colectivo de padres encabezado por el señor Diego Serrano, misma que es definida de la siguiente manera:

“Es un Derecho que tienen los padres para sus hijos, después de haber una ruptura o separación de hogar sea, este de hecho o de derecho, para visitar a sus hijos siempre que se le esté proporcionando alimentos a sus hijos encontrándose fuera del hogar” (Aveiga, 2003, pp.79)

Concordante con lo expuesto:

“La custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos” (Ivars, 2008, pp. 62)

Tal como lo señalan los dos autores, debe diferenciarse claramente que la ruptura que exista entre sus padres, no tiene porqué limitar las visitas peor obstruirlas. La importancia del desarrollo del niño, niña y adolescente no tiene un cronograma de fechas y horas previamente valoradas, pueden ser repentinas, y por eso la importancia de proporcionar al padre o madre, que no comparta el hogar, la posibilidad de estar constantemente en su desarrollo y evolución. Situación por la cual no puede hablarse de una tenencia exclusiva, como si se tratase de un bien.

La tenencia compartida implica como elemento sustancial la corresponsabilidad de los progenitores, al respecto se manifiesta: “Es la que obliga a compartir o repartir equitativamente las funciones de cuidado, educación y crianza en ambos padres, sin perjuicio que sea uno de ellos el que tenga la custodia o tenencia.” (Escriche, 2001, pp.15)

La realidad de los casos, dista mucho del acuerdo mutuo de las partes, y necesariamente obliga al tratamiento a través de vías judiciales, al respecto se manifiesta que:

“[...] lo que respecta a los procedimientos contenciosos, (en donde no existe acuerdo entre las partes, y un Juez decide las medidas a adoptar), **atendiendo a que la ley establece que en todo caso, los jueces deben velar por garantizar que ambos progenitores asuman idénticas funciones en el cuidado de los hijos [...]**” (Pinto, 2009, pp.70).

De manera clara el autor enfatiza la necesidad de que los administradores de justicia, independientemente de la imposibilidad de acuerdo entre las partes, necesariamente en sus resoluciones deben reflejar la corresponsabilidad dentro de la crianza del hijo o hija, ya que la relación parental no puede tener menoscabo alguno.

Sobre lo expuesto se señala que:

"La asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes; **el respeto al derecho de los niños a continuar contando, afectiva y realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de modelos solidarios entre ex-esposos pero aún socios parentales**" (Salberg, 2003, pp.79)

Acertadamente el autor denomina a los “ex esposos”, como socios parentales, pues el hecho de contar con un hijo, ya se considera una sociedad indisoluble por el resto de sus días, y como tal tiene un fin en común, que es el bienestar

del niño, niña y adolescente, independiente de que ellos ya no tengan ninguna relación.

La incorporación de la tenencia compartida en nuestra legislación resultaría de gran importancia, debido a que, una ventaja de esta figura es la comunicación acerca de las decisiones trascendentales de los hijos en cuanto a educación, salud, vestimenta, alimentación, etc., lo que facilitaría el óptimo cumplimiento del régimen de visitas entre las dos partes.

Respecto de la tenencia compartida, claramente legislaciones de vanguardia, han incorporado a esta figura, como un elemento sustancial para el ejercicio efectivo de la relación familiar responsable. Es así, que el Código Civil español general, es claro, y habla sobre la guarda compartida, el numeral 5 del artículo 92, señala lo siguiente:

“Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.” (Código General Español, 1889, Art. 92)

Tal como se colige del texto citado, el sistema jurídico español, permite un mutuo acuerdo de los padres, como una posibilidad para regular el régimen de guarda, siendo tal facultad trascendental, pues el mencionado cuerpo normativo permite que si el interés superior del niño, niña y adolescente lo requiere, sean ambos quienes coordinen sobre los aspectos relevantes de la vida de su hijo.

Más allá de la norma, el ejercicio jurídico español, ha sido contundente al respecto, siendo así que existe jurisprudencia digna de ser analizada. Una Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 29 de Abril de 2013, fijó referente a la interpretación de los apartados 5, 6 y 7 del artículo 92 del Código Civil respecto del régimen de guarda y custodia compartida, lo siguiente:

“[...] es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (art. 91 C. Civil) tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional (TC), **de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal.** Complementario de todo ello es la reforma del C. Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancia está supeditado a que favorezca el interés del menor. Sentada la posibilidad de abordar la petición de custodia compartida a la luz de los requisitos marcados con anterioridad por esta Sala se... acuerda casar la sentencia... dado que en este caso con el sistema de custodia compartida:

- 1.- **Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.**
- 2.- Se evita el sentimiento de pérdida.
- 3.- No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- 4.- **Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.”** (Tribunal Supremo Español, Sentencia tercera Instancia, 2013), (el énfasis es mío).

En primer lugar del fallo citado, es importante resaltar el criterio respecto de considerar a la tenencia compartida como un instrumento jurídico, de aplicación regular en el sistema judicial, y no como un procedimiento de excepción, que únicamente deberá ser aplicado en casos aislados, situación ajena a la realidad del desarrollo actual de los niños, niñas y adolescentes en ese país, que cada vez requieren de la participación activa y equitativa de sus progenitores, y todos aquellos que favorezcan en su desarrollo.

Muestra de aquello, se traduce al determinar que no se requiere informe de Ministerio Fiscal, para que el juez declare el régimen de visitas compartido, siendo esta medida oportuna para no trabar la resolución de este tema de importancia suprema.

Continuando con el análisis de la normativa ecuatoriana, una vez definida la tenencia, claramente se puede vislumbrar que existe un acto jurídico con consecuencias inmediatas, y como objeto del presente estudio que es el **derecho de visitas.**

1.4.2. Definición y características del derecho de visitas

Dentro de las diversas definiciones doctrinarias emitidas para el Derecho de Visitas, se puede señalar la siguiente:

“Derecho que posee tanto el hijo o hija menor de edad y su progenitor sea el padre o madre ausente, que se establece con la finalidad principal de que el niño, niña o adolescente pueda crecer en un ambiente sano, armónico dentro del contexto familiar, este derecho tiene varios fines entre los cuales están: “impedir que las circunstancias determinantes del alejamiento entre el menor y el beneficiario del derecho [...] confundiendo sus sentimientos y ocasionándole trastornos emocionales que puedan repercutir en su desarrollo. Otorgar la posibilidad al titular del derecho de influenciar en la persona del menor orientando su proceso de formación adecuadamente e incidiendo en el desenvolvimiento de su personalidad. Preservar las relaciones afectivas que unían al menor con las personas que formaban parte de su vida [...] que estos lazos de afecto se acentúen, perdurando en el tiempo.” (Landa, 2012)

De forma acertada el autor considera como principal finalidad, el armonioso desarrollo del niño, niña y adolescente, vinculado a su contexto familiar, mismo que debe ser estable en todo momento a pesar de darse la separación o divorcio entre sus progenitores, quienes estarán en la obligación de encontrar los medios necesarios para no ir en desmedro de los lazos afectivos creados y que son propios de su desarrollo individual.

Concordante con lo señalado el tratadista Stilterman (1991, pp. 145), dice que:

“El derecho de visita que corresponde al progenitor que no disfruta de la tenencia de sus hijos menores se funda en elementales principios de orden natural, **por lo que su regulación debe efectuarse procurando el mayor acercamiento posible entre ambos.**” (El énfasis es mío).

De acuerdo a esta definición se establece un elemento esencial para el análisis, que es la naturalidad del vínculo entre padres e hijos, el cual genera relaciones que no van a permitir ningún tipo de obstrucción por el contacto entre ellos, situación por la cual resalta la importancia del acercamiento constante.

Finalmente un concepto más próximo a lo que establecen los cuerpos normativos lo da el autor Aguirre (2010, pp. 147), mencionando que:

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

Sobre lo expuesto, se debe manifestar que el derecho de visitas es un derecho recíproco, del cual los titulares del mismo son el hijo o hija, así como el padre que se encuentra alejado del hogar. No obstante de aquello, y como la doctrina lo establece, la “familia ampliada”, debe ser partícipe del desarrollo integral del niño, niña y adolescente durante todas sus etapas, con el objetivo de fortalecer aquellos vínculos que por las circunstancias pueden verse afectados.

Dentro del Derecho de Visitas se establecen ciertas características, que lo distinguen, es así que de acuerdo al autor (Landa, 2012) son:

1. Es un derecho personal. El derecho de visitas claramente es un beneficio *intuito persona*, ya que es concedido a una persona determinada, que solicita ejercer el mismo, debiendo aclararse que, de acuerdo a lo expuesto en Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, este puede ser solicitado inclusive por terceros que demuestren un vínculo afectivo con el niño, niña y adolescente.

2. Es un derecho eminentemente extra patrimonial. De acuerdo al autor este derecho no podría ser susceptible de valoración económica. Más la práctica recurrente en el derecho, ha determinado que su no valoración ha ocasionado el abuso por parte del progenitor que ostenta la tenencia que no permite el acceso al hijo. Por lo contrario al haberse establecido multas pecuniarias, el resultado ha sido favorable, pues el aspecto monetario de acuerdo al momento histórico de la sociedad ha demostrado que es un factor a respetarse por sobre cualquier aspiración personal.

3. Es un derecho relativo.- Dentro de esta característica es de trascendental importancia la sana crítica del juzgador, en base a los elementos de juicio que se presenten, pues si bien el principio general establece su obligatoriedad, existirán casos en que debe ser coartado, siendo aquella circunstancia una excepción debidamente justificada.

4.- Es inalienable. Vinculado con la primera característica, el derecho de visitas al ser dado en atención a la persona que lo solicita como único y exclusivo beneficiario, bajo ningún precepto puede ser cedido o comercializado, la mera pretensión de transferencia lo deslegitima.

5.- Es irrenunciable e imprescriptible. Es irrenunciable, ya que, los derechos de los niños tienen prevalencia sobre cualquier tipo de derecho, por lo que la mera voluntad de renunciar a este derecho por cualquiera de los progenitores afectaría directamente a los niños, niñas y adolescentes.

Respecto de la no prescripción de este derecho, es claro que su ejercicio no puede verse limitado con el transcurso del tiempo, sino cuando las circunstancias del niño, niña y adolescente así lo requieran, siendo por lo tanto necesaria la correcta valoración por parte de los jueces en esta materia.

CAPITULO II

2. El régimen de visitas en el Ecuador

El régimen de visitas, constituye un derecho de atención primordial para todos quienes intervienen en la crianza del hijo o hija, pero más allá de aquello, se trata de un derecho trascendental para los niños, niñas y adolescentes, el poder mantener un contacto directo con quienes demuestren un vínculo filial y/o socio afectivo.

Sobre lo aprendido en el capítulo que antecede, el interés superior tiene supremacía sobre cualquier acto en el que sea participe un niño, niña y adolescente. A través del presente capítulo, se profundizará el estudio el establecimiento del régimen de visitas y la correcta aplicación de dicho principio en el Ecuador.

Derivado de la determinación del régimen de visitas, se procederá al análisis del denominado síndrome de alienación parental, desde sus orígenes hasta poder determinar su gravedad y sus consecuencias.

Específicamente el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en el artículo 125 trata sobre la obstaculización del régimen de visitas, siendo necesario analizar de dicha norma, sus medidas sancionatorias y su eficacia.

Más allá de la fundamentación jurídica que requiere el análisis legal del régimen de visitas, es trascendental el poder reflejar lo que acontece en la sociedad ecuatoriana, situación por la cual en este capítulo, se evidenciará la realidad de los padres, madres y familia ampliada que atraviesan por estos procesos conflictivos, y determinar la afectación que adolecen los niños, niñas y adolescentes.

2.1. Elementos fundamentales para el establecimiento del régimen de visitas en el Ecuador

Sobre lo expuesto y revisado hasta el momento en lo que concierne al tratamiento de los niños, niñas y adolescentes, se puede señalar que en cada uno de los tipos de familias que existen, los hijos que conforman ese núcleo viven realidades distintas, en relación a la convivencia diaria con sus progenitores y demás familia ampliada. Siendo así de trascendental importancia el régimen de visitas, que nace cuando los cónyuges o convivientes, padres o madres solteros desintegran una relación afectiva.

Doctrinariamente el autor Stilerman (1991, pp.152) respecto del régimen de visitas señala que:

“En el establecimiento de un régimen de visitas que resulte a la vez adecuado y satisfactorio tanto para los menores como para el progenitor, deben tenerse en consideración ciertas pautas, no jurídicas sino biológicas y psicológicas, que atienden a las variaciones que presentan los requerimientos de un menor –variables en el tiempo en razón de su edad, su escolaridad, su tiempo libre y su vida social, del mismo modo deben tenerse en cuenta circunstancias que son propias del progenitor como sus actividades laborales y la eventual formación de una nueva familia. Considerar adecuadamente los requerimientos de ambas partes al momento de la fijación de un régimen de visitas evitará que su modificación deba replantearse a la brevedad, ya que, si bien lo decidido al respecto no hace cosa juzgada, la necesidad de estabilidad de los menores se compadece mejor con una relativa invariabilidad de las decisiones que al respecto se tomen” (el énfasis es mío).

El autor de manera acertada señala, que como factor primordial incluso sobre lo jurídico se encuentran aquellos biológicos y psicológicos, que responden a la constante evolución de los requerimientos que este grupo de atención prioritaria requiere, en si podría señalarse que son las condiciones del entorno aquellas que marcarán como encaminar el régimen de visitas. Concordante con lo expuesto, el autor señala una problemática recurrente, como lo es, la falta de constancia y cumplimiento de la resoluciones judiciales, por lo que, sugiere que el régimen de visitas aunque cuente con los argumentos legales para ser modificado, deba procurar ser lo más efectivo posible, ya que, por encima de

aquellos deseos subjetivos de las partes se encuentra la estabilidad de los niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado el tratadista Rospigliosi (2014, pp.1) dice que:

“El Régimen de visitas forma parte del Derecho de relación. Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno filial. **Jurídicamente, visitar implica estar, supervisar, compartir, responsabilizarse; por tanto, resulta más conveniente referirnos, de manera integral, al régimen de comunicación de visita”** (el énfasis es mío).

Según el criterio del autor señalado, el régimen de visitas se encuentra ligado al derecho de relación, mismo que da origen a la relación entre padre e hijo. Su vigencia y modificación debe ser puesta a consideración por parte de las autoridades judiciales, ya que, no se manifiesta como una fuente única de obligaciones, sino que, otorga derechos y deberes, por lo tanto no se limita únicamente a derechos básicos, más bien permite responsabilizarse, compartir y en especial supervisar. La supervisión es trascendental al momento de no tener contacto o no poder convivir con los hijos, pues permite verificar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Referente al régimen de visitas el Código de la Niñez y Adolescencia, en relación a la regulación del derecho de visitas, lo señala como una obligatoriedad que tienen los padres que ostentan la tenencia de los hijos, el mismo que manifiesta: “En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 122)

Al ser establecido como una obligatoriedad se asume que los administradores de justicia deben ineludiblemente resolver este asunto y establecer un régimen de visitas de manera perentoria, exceptuando cuando de acuerdo al inciso segundo del mismo artículo:

[...] **se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija** por causa de violencia física, psicológica o sexual, **el Juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor**, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 122, inciso 2)

Claramente se menciona como única opción una medida de protección, que dé la calidad de agresor al progenitor, más no la mera acusación. Disposición de trascendental importancia pues no da cabida a interpretaciones maliciosas por parte de cualquier autoridad judicial debidamente influenciada y que en el Ecuador a través de boletas de auxilio a favor del supuesto agredido, el régimen de visitas puede verse obstruido.

2.1.1. Mecanismos para establecer el régimen de visitas

El régimen de visitas, puede ser establecido de la siguiente forma:

- a) Mutuo acuerdo.- Fuente de una convivencia racional, siempre serán los acuerdos mutuos que dentro de su raciocinio generen las partes, tal como lo señala el numeral 1 del artículo 106 del mismo código que dispone: “1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija; [...]” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 123)

Al ser concebida la protección integral del niño, niña y adolescente como un principio de cumplimiento supremo, es responsabilidad que los administradores de justicia u organismos auxiliares, **de oficio**, vigilen que estos acuerdos no sean perjudiciales y no vayan en contra de su interés superior.

- b) Sentencia judicial.- De manera general el Código Civil, establece la necesaria participación del juez, para su determinación, al disponer: “No se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieren sido sacados los hijos, **visitar a éstos con la frecuencia y libertad que el**

juez estimare convenientes” (Código Civil ecuatoriano, 1970, Art. 272); Como norma especializada en la materia, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en el segundo y tercer inciso señala:

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

1. Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y,
2. Los informes técnicos que estimen necesarios” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 123, inciso 2, 3).

De manera prioritaria el acuerdo entre las partes, sería el camino ideal para consolidar acuerdos beneficiosos para este grupo de atención prioritaria, mas no siempre es una constante, principalmente tomando en consideración los factores que provocaron la disputa, es por eso que la norma establece la necesidad de la intervención de un administrador de justicia, quien en derecho y principalmente atendiendo a su sana crítica debe dictaminar el régimen de visitas a aplicarse considerando lo siguiente:

En primer lugar, al establecer **cuál es la forma en la que el progenitor ha cumplido con sus son las obligaciones parentales**, es indispensable una adecuada valoración de la prueba que impida la generación de absurdos y arbitrariedades. Ya que por ejemplo, si un padre o madre por brindarle un mejor futuro a su hijo o hija tiene que ausentarse de la ciudad por periodos largos de tiempo, el progenitor que ostenta la tenencia no podría afirmar que la distancia y la temporalidad han vulnerado la obligación afectiva que tiene para con su hijo.

Finalmente, respecto de la posibilidad de negar o regular las visitas en forma dirigida para limitar el derecho a la visita tal como lo señala el artículo 122 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, son los actos en firme de violencia contra el niño, niña o adolescente.

Es susceptible de abuso el contenido de la segunda condición, al establecer que se requerirán **“todos los informes técnicos que se estimen necesarios”**.

Aquí se observa como nos encontramos con una posible arma para dilatar un proceso judicial. Resulta efectiva ante la necesidad que tiene el niño, niña o adolescente, de mantener un vínculo afectivo de manera inmediata con el progenitor alejado del hogar al igual que de su familia ampliada la posibilidad ilimitada de solicitar informes.

Si bien el régimen de visitas es un derecho propio de padre y madre en garantía del interés superior del niño, acertadamente la legislación ecuatoriana, en el Código de la Niñez y Adolescencia, se señala que:

“El Juez extenderá el régimen de visitas a los ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de la línea colateral, en las condiciones contempladas en el presente título. También podrá hacerlo respecto de otras personas, parientes o no ligadas afectivamente al niño, niña o adolescente” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 124)

El desarrollo integral del niño, niña y adolescente, viene principalmente dado por su desarrollo afectivo, con el entorno más beneficioso, independientemente de las circunstancias, que se le ha otorgado. Es así que familiares, que se encontraban directamente vinculados, no pueden ser separados de su vida cotidiana, más aún si consideramos que su participación es beneficiosa en su proceso de formación.

De igual manera deja abierta la posibilidad de que personas cuyo vínculo no es familiar, pero que han tenido participación directa en su crianza, exijan este derecho.

Diversas pueden ser las circunstancias que determinan cómo señalar un régimen de visitas óptimo, pero la norma debe precautelar siempre a los sujetos de protección, que son los niños, niñas y adolescentes. El autor Aguirre (2010, pp. 52), al respecto expresa:

“[...] pensamos, sin lugar a dudas que el tema que nos ocupa El Acuerdo de Régimen de Visitas, **es la piedra basal de la armonía que debe reinar en ex pareja que, si bien se ha divorciado o desea hacerlo, deberá seguir triangulando su relación por el feliz hecho de ser padres [...]**” (el énfasis es mío).

El autor establece a la armonía, el desarrollo integral y la convivencia familiar como elementos sustanciales y señala la necesidad de continuidad de las buenas relaciones para que el proceso del desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, fomente un sentimiento de felicidad y estabilidad.

Claramente las disposiciones normativas señaladas precautelan el interés superior del niño por sobre todas las cosas, situación por la cual de manera general podemos señalar que el eje que delimitará el régimen de visitas serán aquellas condiciones que brinden un entorno social, afectivo y económico favorable. Concordante con aquello deberá existir un marco regulatorio extremadamente fuerte que impida cualquier tipo vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a un régimen de visitas óptimo. De no existir un adecuado régimen de visitas, en algunas ocasiones el padre o madre que ostenta la tenencia empieza un proceso de desacreditación contra el progenitor alejado del hogar, síndrome conocido como Síndrome de Alienación Parental o S.A.P por sus siglas, el cual si no se lo impide podría ocasionar daños irreversibles en el desarrollo integral del niño niña y adolescente.

2.2. El síndrome de alienación parental.

Como se ha venido mencionando a lo largo del presente trabajo, la desaparición del modelo tradicionalista de familia ha ocasionado que nuevos modelos de familias sigan apareciendo, así como nuevos integrantes se suman en la conformación de la misma. Las diversas circunstancias que ocasionaron la disolución del vínculo matrimonial, la unión libre y la no formalización de una relación, posiblemente respondan a resentimientos, problemas de parejas y riñas entre otras. En la mayoría de ocasiones estos problemas inciden en las relaciones entre los progenitores que no ostentan la tenencia de los hijos. De

manera general el padre o madre que está a cargo de los hijos inicia un “lavado de cerebro” hacia los hijos desacreditando la honra del padre o madre alejado del hogar, denominado *síndrome de alienación parental* o S.A.P. más conocido por sus siglas, el cual de conformidad el tratadista Gardner (1985, pp. 3-7), lo define de la siguiente manera:

“[...] un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda o custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de esta campaña.”

Concordante con lo expuesto el tratadista Aguilar (2005, pp.21), también lo define como:

“[...] un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos mediante distintas estrategias, **con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor**” (el énfasis es mío).

De conformidad con las definiciones revisadas, podemos determinar que el síndrome de alienación parental, está dado, no por un acto aislado, sino que responde a un conjunto de actuaciones constantes, que buscan dolosamente afectar modificando el criterio de un niño, niña y adolescente, con el objetivo de crear una animadversión en contra del otro progenitor. Siendo así que los actos generados por el progenitor a cargo de la tenencia, son realizados buscando premeditadamente causar un efecto sobre la conducta regular del niño, niña y adolescente. Como bien lo señaló el primer autor, el “lavado de cerebro”, es el mecanismo a través del cual se reorienta el pensamiento del hijo o hija, para crear un criterio direccionado respecto de la situación que se encuentra atravesando, y determinar sus futuras actuaciones.

Más allá de las definiciones que se puedan establecer sobre la alienación parental, es importante el señalamiento de los actos que doctrinariamente se

consideran que van configurando este síndrome, que según Gardner, (1998, pp.21) son los siguientes:

1. Campaña de Difamación: Configurada mediante mentiras constantes, sobre el progenitor, señalando un desafecto o culpabilidad de su parte para el alejamiento.
2. Razones débiles, frívolas o absurdas: Se realiza a través del impedimento a una normal relación física o psicológica con el progenitor, en base a motivaciones que carecen de respaldo.
3. Animadversión hacia el progenitor alienado carece de la ambivalencia normal: En esta teoría se impide al niño, niña y adolescente contar con sentimientos igualitarios entre ambos progenitores y se monta un escenario por el cual se crea una imagen negativa, y por ende se genera un rechazo.
4. Fenómeno del Pensador Independiente: A través de esta teoría el autor, expresa como aparentemente la decisión de despreciar del progenitor, es propia del niño, niña o adolescente, cuando en realidad es motivada por la influencia negativa constante del otro progenitor.
5. Apoyo al Progenitor Alienador: Al darse una imagen totalmente negativa sobre el progenitor que se ha alejado del hogar, se genera un sentimiento de aprecio excesivo sobre el otro.
6. El niño expresa desprecio sin culpa alguna contra el progenitor odiado: A través de los constantes mensajes negativos, sobre el progenitor, se genera un desprecio irracional, impidiendo una normal relación afectiva.

7. Evidencia de Escenarios Prestados: A través de esta teoría acertadamente el autor, evidencia que los niños, niñas y adolescentes, asumen las posiciones del progenitor que convive con él, eliminando comportamientos armónicos y gentiles brindados por el padre o madre que se encuentra alejado del hogar.

8. El odio se traspasa a toda la familia del progenitor alienado: La influencia constante negativa, no solo recae sobre el progenitor, sino también sobre su círculo familiar, se entiende como una búsqueda constante de culpables.

Cada una de las teorías mencionadas por Gardner, claramente abarcan de manera general actos que afectan directamente en el criterio que se encuentra desarrollando el niño, niña o adolescente. En atención a lo expuesto a su vez se puede apreciar que la característica elemental para su configuración, es la práctica constante de las conductas alienadoras, que van calando muy en lo profundo de su pensamiento, cabe destacar que estas teorías pueden ser simultaneas, es decir, pueden actuar a la vez en un solo caso presentado así como pueden ser excluyentes y presentarse solo alguna de ellas en un caso determinado.

Respecto de este síndrome, no puede ser manejado en similares condiciones para cada uno de los niños, niñas y adolescentes, ya que, responde a cuestiones subjetivas, pero de manera general se pueden subdividir en atención a la afectación que otorgan, siendo así que pueden ser segmentados en tres tipos:

“Ligero. La alienación es prácticamente superficial y el comportamiento del menor durante las visitas es normal. El progenitor que tiene la custodia intenta mantener cierta ventaja sobre el otro hablando al hijo como “yo soy mejor padre que él/ella, ¿verdad?” (Valero, 2007)

Como ilustrativamente señala el autor, en esta fase se persuade al hijo o hija, para generar un panorama de mejor condición de uno sobre otro. Esta alienación puede ser incluso involuntaria, y responde a una manera errada de ganarse el afecto del hijo o hija, con la creación de una figura idealista sobre el progenitor que posee la tenencia.

“Moderado. En el tipo moderado, el alienador interfiere en el régimen de visitas del otro progenitor con su hijo. En muchas ocasiones se intenta ocupar el tiempo establecido como régimen de visitas del progenitor no custodio con actividades sociales que no puedan cancelarse y que comprometan al hijo [...]” (Valero, 2007)

En esta fase, se pretende afectar el tiempo de las visitas que por derecho debería gozar el progenitor alejado del hogar, estableciendo maliciosamente actividades inventadas para que pase más tiempo con el progenitor alienador, y mediante esto impedir un desarrollo adecuado de la relación. Este comportamiento puede ser riesgoso debido a que crea una dependencia peligrosa, pues ahonda el alejamiento y provoca barreras en el desarrollo propio de la relación entre ambos.

“Grave. Dirigido exclusivamente a dañar la relación entre el menor y el padre no custodio. Las visitas son imposibles. Aparece una manipulación extrema consistente en programar de manera consciente al menor en contra del otro progenitor. Todos los síntomas están presentes en su mayor intensidad. Se hacen referencias al abandono, a tener otra pareja, a hacer insinuaciones de adicción al alcohol o similar, se prohíbe hablar de ello con nadie ni verse, etc.” (Valero, 2007)

El autor señala como la última fase de un proceso de alienación parental, el completo desapego, que culmina en la imposibilidad de mantener visitas, y deriva ya en la completa oposición del hijo o hija en contra del padre o madre ausente, posicionando en su pensamiento una idea negativa. Esta fase se constituye en la más perjudicial, pues el extremismo de esta posición, profundiza el vacío existente con todas las consecuencias negativas que implica el no contar con la participación del progenitor en su desarrollo.

2.2.1. Análisis jurídico del tratamiento del síndrome de alienación parental

El sistema jurídico ecuatoriano no contempla este síndrome en una norma predeterminada, y menos aún vincula su juzgamiento con actuaciones en particular. Contrario a lo que acontece en Ecuador, sistemas jurídicos más desarrollados, han planteado su importancia.

Realizando un análisis de normativa comparada podemos encontrar en México, en el Código Civil para el Estado de Aguascalientes, lo siguiente:

“Artículo 434. En la relación entre ascendentes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición. Quien ejerza la patria potestad, debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente, en consecuencia, cada uno de los ascendientes deberá evitar cualquier acto de alienación parental. Se entiende por alienación parental la manipulación o inducción que un progenitor realiza hacia su menor hijo, mediante la desaprobación o crítica tendiente a obtener la denigración exagerada y/o injustificada del otro progenitor para producir en el menor, rechazo, rencor, odio o desprecio hacia este.”

La legislación mexicana realiza una definición clara respecto de la alienación parental, al establecer a la desaprobación y/o la crítica como los mecanismos suficientes para influenciar. A su vez dispone como obligación del progenitor con la patria potestad el procurar el respeto y el acercamiento constante.

A su vez el Código Civil del Distrito Federal, dispone:

“Artículo 323 Septimus.- Comete violencia familiar el integrante de la familia que transforma la conciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores. La conducta descrita en el párrafo anterior, se denomina alienación parental cuando es realizada por uno de los padres, quien, acreditada dicha conducta, será suspendido en el ejercicio de la patria potestad del menor y, en consecuencia, del régimen de visitas y convivencias que, en su caso, tenga decretado.” (Código Civil Distrito Federal México, 1928, Art. 323 Septimus)

Tal como señala la norma citada, una de las consideraciones esenciales es la acreditación de la calidad de progenitor. La disposición mexicana es fuerte en lo correspondiente a sus sanciones, y de alguna manera pretende dar un parámetro ejemplificativo para evitar estos actos de graves consecuencias.

Referente a las drásticas medidas de igual forma, los incisos tercero, cuarto y quinto del mismo artículo, son enfáticos y señalan las sanciones

correspondientes, vinculando las mismas a los niveles de alienación parental existentes, es así que al respecto manifiestan lo siguiente:

“Asimismo, en caso de que el padre alienador tenga la guarda y custodia del niño, ésta pasará de inmediato al otro progenitor, si se trata de un caso de alienación leve o moderada.

En el supuesto de que el menor presente un grado de alienación parental severo, en ningún caso, permanecerá bajo el cuidado del progenitor alienador o de la familia de éste, se suspenderá todo contacto con el padre alienador y el menor será sometido al tratamiento que indique el especialista que haya diagnosticado dicho trastorno.

A fin de asegurar el bienestar del menor, y en caso de que, por su edad, resulte imposible que viva con el otro progenitor, el departamento de psicología del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, evaluando a los parientes más cercanos del niño, determinará qué persona quedará encargada de su cuidado; mientras recibe el tratamiento respectivo que haga posible la convivencia con el progenitor no alienador.

El tratamiento para el niño alienado será llevado a cabo en el Departamento de Alienación Parental del Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal”. (Código Civil Distrito Federal México, 1928, Art. 323 Septimus, inciso 3, 4, 5)

Sobre lo expuesto, las sanciones cumplen un proceso aunque extremadamente fuerte, coherente en lo que respecta al procedimiento, ya que previo a sancionar la alienación determina el grado existente, en los casos leves determina un cambio de la tenencia hacia el otro progenitor, mientras que en los casos severos se suspende inmediatamente la tenencia y además se procede a bloquear cualquier tipo de contacto con el niño, niña y adolescente.

Resulta destacable la actuación de México al incorporar un Departamento Médico dedicado al tratamiento de la alienación parental en sus distintos niveles, lo cual constituye una práctica a ser trasladada a la realidad ecuatoriana para la solución de esta problemática.

Una vez que la definición de la alienación parental, ha sido lo suficientemente definida, debe profundizarse su análisis a nivel jurisprudencial, ya que el ejercicio propio de la administración de justicia, permite ilustrar de mejor manera el camino a seguir. Países como Estados Unidos, en especial las Cortes del Estado de Ohio, han sido importantes precursores en este tema. Casos como el de Davis Flickinger, manifiestan lo siguiente:

“[...] De acuerdo a la Corte, un progenitor no debería implicarse en comportamientos que incrementen la hostilidad y frustren la cooperación entre los padres. De igual manera, un progenitor no debería presentar denuncias infundadas encaminadas a terminar con los derechos de visita del otro padre. Tales conductas son consideradas dañinas al interés superior del menor [...]” (Corte Suprema Ohio, 1997, pp.20)

De conformidad con el sistema jurídico anglosajón, el pronunciamiento de la Corte de Ohio, es trascendental, por su vinculación con otras causas que pudiesen presentarse en similares condiciones, pues al mencionar que no deben existir actos que generen hostilidad y frustren la cooperación entre los padres, se está observando cualquier actitud que fuese en menoscabo de la tranquilidad que requieren para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes.

La misma Corte, aborda la problemática constante en el mal uso de los instrumentos jurídicos, como las denuncias infundadas, que buscan terminar con el derecho de visitas. Acto que en la práctica, busca crear una animadversión en contra del padre o madre, y a través de eso configurar un desapego de su progenitor, afectando de esa manera a principios de derecho, como lo es el interés superior.

Continuando con el análisis jurisprudencial, resulta relevante el pronunciamiento de la Corte de Asturias el cual confirma la sentencia de primera instancia y rechaza el recurso de apelación interpuesto en su contra por la madre afectada por la resolución, misma que expresa:

“[...] que otorga al padre el derecho de guarda y custodia de su hijo-a quien considera víctima de SAP- y **suspende por 2 meses el régimen de visitas para la madre, plazo que podía ampliarse o reducirse según lo que informaren al Tribunal, los Técnicos del Equipo Psicotécnico adscrito al Juzgado**, encargados del seguimiento de la medida. La sentencia teniendo por acreditada la constante negativa del hijo a estar con su padre, considera que la madre debió haber “mediado” entre padre e hijo” (Corte de Asturias, Sentencia Primera Instancia, Prov236494, 2005, pp. 15), (el énfasis es mío).

Respecto de este pronunciamiento deben considerarse dos puntos: primeramente, es rescatable la obligatoria vinculación de un equipo técnico especializado en materia de psicología, para revisar la evolución del niño, niña y adolescente y dar luces respecto de la gravedad del caso. En segundo lugar es totalmente contradictorio, si se piensa en el bienestar del hijo, el establecimiento de una suspensión del régimen de visitas en contra de la madre, como expresa la Corte, pues si se habla de la gravedad de la configuración de la alienación parental, cómo puede la Corte provocar una desvinculación abrupta de la relación con su madre.

Finalizando el análisis jurisprudencial comparado, y en atención al pronunciamiento de la Corte española, la justicia canadiense en un fallo respecto de la alienación parental señala:

“[...] cada caso debe resolverse sobre sus propios hechos, los casos de alto conflicto no se prestan para soluciones simples. Incluso si el tribunal determinase que la alienación es la causa total o parcial del rechazo de los hijos hacia uno de los padres, al tribunal aún debe resolver el complicado equilibrio de las consideraciones que mantienen el interés superior de los menores como el único foco [...]” (Corte superior de Justicia de Ontario, Sentencia 2008, pp. 19), (el énfasis es mío).

Claramente la Corte esboza su criterio respecto de la imposibilidad de que solo por el mero hecho de la configuración de la alienación parental, ya pueda juzgarse o aplicarse una pena, como por ejemplo el cambio de la tenencia sobre el hijo o hija, por el contrario antes de cualquier resolución se debe buscar el equilibrio de los actos y sobre todas las cosas propender a no afectar el interés superior del niño, niña o adolescente. La Corte además señala:

“[...] no considera necesario ni útil para alcanzar su decisión, el participar en la controversia, dentro de la profesión clínica, acerca de los méritos de los conceptos de alienación parental. Enfocarse en el concepto de alienación parental crea un entorno que podría llevar a reducir y limitar el análisis de la muy compleja dinámica de interacción familiar que debe llegar a entenderse, con el fin de encontrar una solución con las mayores posibilidades de éxito.” (Corte superior de Justicia de Ontario, Sentencia 2008, pp. 19)

Respecto de este último pronunciamiento, se destaca la posición de la Corte al definir a la interacción familiar como eje para cualquier resolución, pues el encasillarse en la definición de alienación parental puede provocar que se vulneren derechos superiores.

2.2.2. Consecuencias del uso del síndrome de alienación parental en los niños, niñas y adolescentes

Si bien el análisis jurídico casuístico, plantea generalmente controversias entre progenitores, debe orientarse también el análisis a la problemática del entorno del niño, niña y adolescente, pues, puede existir alienación parental hacia los abuelos, tíos, primos, etc., quienes son trascendentales en el equilibrio emocional, y en aras al interés superior, no puede permitirse obstaculizar el acceso a ese grupo de familia ampliada. Analizando la normativa ecuatoriana, si bien el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 126 plantea el derecho a visitas de ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de la línea colateral, no hace ninguna referencia de este síndrome.

Respecto de la alienación parental, es importante señalar que es un síndrome que busca ser evitado, en atención a que sus consecuencias tienen una afectación trascendental en el desarrollo de un niño, niña o adolescente, es así que el tratadista Bavestrello (2003, pp. 73) manifiesta que:

“La separación de la pareja acarrea daño profundo en el desarrollo emocional del hijo, quien se ve privado de una figura paterna cuya cercanía le significaba seguridad. Es deber de los padres, en primer lugar, y de los tribunales en subsidio, velar por el mantenimiento de la relación filial... fijando para este efecto oportunidades dentro de las cuales padre e hijo puedan compartir y divertirse juntos.”

Concordante con lo expuesto, respecto de las consecuencias Aguilar (2005, pp. 23), expone:

“La principal es que el niño víctima pierde sus vínculos afectivos con uno de los progenitores, ruptura que origina una serie de reacciones negativas, como elevados niveles de angustia y miedo a la separación del progenitor manipulador, sobre todo ante la presencia del otro padre. Estas disfunciones emocionales provocan, a su vez, particularmente en los niños pequeños, alteraciones en los patrones de alimentación y del sueño, aparición de conductas regresivas, bajo rendimiento académico y atencional, pérdida de habilidades sociales, ausencia de empatía y escaso control de los impulsos. Igualmente, los niños que son víctimas del SAP poseen una autoestima muy baja que intentan elevar a través del reconocimiento y el afecto de los otros, utilizando la manipulación con esas personas. Pero, como no siempre lo logran, las ocasiones para sentirse frustrados suelen ser frecuentes y mal controladas.”

Como claramente los autores señalan, las consecuencias psicológicas y emocionales, son graves y denotan una afectación directa en la seguridad del niño, niña o adolescente. Trastornos sociales claramente se generan, y por eso la importancia de ser evitado. Existe una clara necesidad jurídica de evitar a cualquier costo que este tipo de conductas se estén generando en la sociedad, como lo afirma el tratadista Poussin (2005, pp. 30):

“[...] una auténtica guerra, y además una guerra sin piedad, con un saldo de muertos y heridos. Efectivamente, los progenitores mueren en calidad de representantes de la función parental, mientras que los hijos sufren heridas perdurables como resultado de haber sido utilizados como armas en ese combate.”

Claramente el síndrome de alienación parental, precede de elementos subjetivos, originalmente por criterios de afectación en donde se usa a los hijos o hijas como instrumentos para conseguir ciertos propósitos, que se encuentran alejados del interés superior del niño, niña y adolescente, por ello es importante que se establezca un régimen adecuado de visitas por parte de los ordenadores de justicia, con el fin de evitar que se obstruya la correcta convivencia que los niños, niñas y adolescentes requieren para un óptimo desarrollo, lo cual es imprescindible dentro de su etapa evolutiva. Ante lo cual es importante resaltar que el tratamiento jurídico ecuatoriano no contempla esta forma de afectación; y, que dada la problemática constante, se hace urgente su tratamiento en aras de evitar vulneraciones en derechos conexos y de orden primario contemplados en la normativa, de igual forma el derecho comparado

demuestra que se pueden establecer sanciones y solicitar las indemnizaciones correspondientes tanto al padre o madre alejados del hogar así como al niño, niña y adolescente afectados en sus derechos.

2.3. Problemática jurídica del régimen de visitas y su determinación en el Ecuador

Como se ha señalado en el presente trabajo, la problemática del régimen de visitas del progenitor que no ostenta la tenencia del hijo o hija, tiene muchas aristas para su profundización. Respecto de lo cual se debe señalar que específicamente el artículo 125 del Código de la Niñez y Adolescencia, estipula:

“Retención indebida del hijo o la hija.- El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución.” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 125)

Tal como señala la disposición normativa, el referido artículo enfoca su análisis en dos actos distintos, la retención indebida y obstrucción del régimen de visitas. En el primer caso, el progenitor o familiar, que de manera arbitraria, contrariando disposiciones expresas, retiene al hijo o hija. Generalmente este acto se da, cuando el padre mientras ejerce su derecho de visitas, procede a extralimitarse. Dicha actitud contrapone, el interés superior del niño, niña y adolescente, pues, va contra la estabilidad emocional que el mismo requiere, ya que, muestra un elemento sustancial que es el dolo, el cual busca afectar al otro progenitor sin importar que exista actos de justicia en firme como lo es una resolución o una sentencia.

A su vez el mismo artículo, manifiesta como medida ante cualquier de los dos actos, el pago de una indemnización. Claramente el espíritu de la norma es

sancionar los actos indebidos, pero que eficacia tiene el acto indemnizatorio si no se posee una determinación que provoque una enseñanza para el responsable.

El autor Albán (2003, pp. 139) manifiesta que:

“La retención indebida es aquella por la cual el progenitor, tutor o tercera persona impiden o dificultan el ejercicio pleno de la patria potestad, tenencia, tutela o régimen de visita decretado por el Juez competente a favor del otro, impidiendo el retorno con la persona bajo la cual se halla el niño, niña o adolescente.”

Concordante con esta definición el mismo autor Albán (2003, pp. 140) dice que:

“Frente a la retención indebida del menor de edad, por parte del otro progenitor que no se halla bajo su tenencia, patria potestad, tutela o que obstaculice el régimen de visitas, el legislador con sentido práctico permite, que el progenitor que se sienta afectado por esta medida unilateral, ilegal y tiempo perentorio lo entregue al menor de edad. Para este efecto, el Juez previa razón sentada por el actuario ordenará mediante decreto el apremio personal del responsable de la retención indebida del menor y hasta el allanamiento del inmueble en donde se crea o se presume lo tienen retenido al niño, niña o adolescente. Bien ha hecho el legislador en utilizar el término <<inmueble>> porque de esta manera, si el caso lo amerita, se podría allanar cualquier recinto, sea urbano, rural, institución pública, privada, sea considerado domicilio o no del requerido para que la Policía ingrese a rescatar al menor de edad.”

Como lo ha señalado el autor cualquier acto de retención indebida debe cesar de inmediato, siendo labor del administrador de justicia tomar medidas necesarias que corten el acto ilegítimo, incluso considerándose al apremio como última instancia, siendo aquella medida un procedimiento radical, sin que se considere el caso en particular.

Respecto de la indemnización, ligeramente podría pensarse que la misma tiene que estar atada a todos los gastos generados, pero tratándose de un daño íntegramente sobre la estabilidad del niño, aquí cabe la pregunta, cómo reparar lo dañado. Al respecto los tratadistas Salazar y Gonzales (1990, pp.92) sostienen que:

“Reparar no es siempre rehacer lo que se ha destruido, casi siempre suele ser darle a la víctima la posibilidad de procurarle satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido, ya que el verdadero carácter de la reparación es un papel satisfactorio.”

Como lo expresa el autor la reparación desde la concepción jurídica, amplía su simple interpretación gramatical, pues no pueden repararse actos que han causado daños irreparables, y no siempre se puede ejercer los preceptos de la Ley del Tali3n, para cumplir con los mandatos del ejercicio de justicia. Es ah3 que se requiere beneficios que provoquen satisfacciones comparables, que de alguna manera brinden al afectado un proporcional gozo.

Ante lo expuesto, si bien se determina un da3o claramente apreciable, al obstruir el r3gimen de visitas, debe enfatizarse en que existen dos partes afectadas, por un lado el ni3o, ni3a y adolescente quien ante el acto indebido del progenitor es privado de su leg3timo derecho a la relaci3n fraterna con su padre o madre y familia ampliada. Mientras que por otro lado se encuentra la persona que tiene el derecho de visita y que no puede ejercerlo, y quien no puede desarrollar una relaci3n normal y pac3fica que fortalezca el v3nculo.

Los da3os por parte de quien obstruye el r3gimen de visitas, son vinculados necesariamente con la responsabilidad civil, por los da3os ocasionados.

De manera general, en nuestra legislaci3n se puede definir que existen dos tipos de da3os, los primeros vinculados con aspectos meramente patrimoniales o denominados como da3os materiales, tal como se3ala el C3digo Civil disponiendo: “Por regla general todo da3o que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por 3sta.” (C3digo Civil ecuatoriano, 1970, Art. 2229); en base de lo expuesto se considera que el da3o debe ser reparado materialmente, es decir consecuentes con un bien mueble o inmueble.

Mientras que en segundo lugar aquellos daños vinculados con aspectos distintos a los relacionados con un bien, o también conocidos como daños morales.

El Código Civil ecuatoriano respecto del daño moral manifiesta que:

“Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.”
(Código Civil ecuatoriano, 1970, Art. 2231)

En relación a la obstrucción del régimen de visitas, claramente podemos señalar que existe una combinación única de ambos factores, en primer lugar en lo referente a lo material, es evidente que aquel padre o familiar que reclama por este acto indebido, ejerce varios gastos que son de directa apreciación, como por ejemplo costos del patrocinio por parte de un profesional del derecho, movilización, costo de las terapias psicológicas, etc. Mientras que en el caso de daño moral, no se puede determinar a detalle la magnitud de la afectación.

Pero de igual forma al referirnos, al desarrollo del niño, niña y adolescente, existe un daño irreversible, que no está valorado económicamente de manera exacta. Y que también genera daño moral, mismo que a *priori* es definido como señalan los autores Planiol y Ripert (2006, pp. 192) como:

“Se reconocen los llamados daños morales, que son los que lesionan los derechos derivados de la personalidad y entre los que destacan aquellos que afectan a la salud, la libertad, al derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.”

De manera clara, los daños morales provienen de la afectación real sobre la personalidad de las personas, a través del cual se desvincula de cualquier valoración patrimonial que existiese. Si bien hemos determinado la configuración del daño y algunos tipos de mecanismos, se debe buscar el resarcir el daño causado.

En primer lugar la determinación del acto sancionable, produce un efecto inmediato, que es, la terminación de la obstaculización. Dentro de este análisis, la publicación de la Asociación de Familiares Separados, denominada como: “Daños y perjuicios derivados de la obstaculización injustificada”, señala claramente los cuatro requisitos que habilitan la procedencia de la acción indemnizatoria, que son:

1. Antijuridicidad.- No puede discutirse que la obstrucción del derecho de visitas es una conducta antijurídica, ya que se encuentra debidamente prohibida en el Código Orgánico de la Niñez Y Adolescencia, en su artículo 125.

2. Factor de atribución.- Como quedó demostrado anteriormente en el síndrome de alienación parental, este se configura cuando muchas de sus actuaciones son convertidas en acciones dolosas y culposas, siendo los diversos actos que configurarán la obstrucción de visitas, factores que provoquen incluso en muchos casos que sea el niño, niña y adolescente quien se oponga a la visita. En su labor responsable deberá el progenitor mediar para tal acto no se dé.

3. Daño.- Para el ejercicio de una acción indemnizatoria, es elemental la determinación del daño, primeramente desde la óptica del niño, niña y adolescente se consideran todas aquellas afectaciones psicológicas y emocionales en su desarrollo. Mientras que en lo que concierne al padre, al respecto la tratadista (Minyersky, 2002, pp.5), establece que: “[...] en cuanto al padre, además del daño moral puede sufrir daños patrimoniales, tales como perturbaciones laborales, problemas de asistencia al trabajo, gastos realizados para concretar la visita frustrada.”

Claramente la autora establece la posibilidad de existencia de daños patrimoniales acarreados por daños morales, lo cual ciertamente es cierto debido a que cada acto que imposibilita la visita también ha implicado causas

directas en el comportamiento de la persona. Siendo el elemento sustancial para su interpretación la incidencia del daño en sus quehaceres diarios, ya que no es lo mismo el desarrollo de una persona con la intranquilidad de saber que no puede acceder a un derecho elemental de los seres humanos como es el que se genera con la filiación.

4. Relación de causalidad.- Como elemento final para determinar el factor indemnizatorio, debe necesariamente preceder, la relación del incumplimiento, es decir, la obstaculización total o parcial del derecho de visitas y los daños morales, debe existir una adecuada relación de causalidad.

Los requisitos formales que se han señalado establecen los elementos necesarios para configurar una acción indemnizatoria, y necesariamente acarrear acciones más allá de la mera interrupción de los actos que impiden el derecho de visitas, sino que también involucran un valor monetario a ser cancelado.

Respaldando lo expuesto, la legislación ecuatoriana de los actuales momentos, establece parámetros generales para la determinación del pago de una indemnización, es así que el Código Civil dispone lo siguiente:

“En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.”
(Código Civil ecuatoriano, 1970, Art. 2232)

El cuerpo legal citado es enfático, en la vinculación de la indemnización pecuniaria con los daños meramente morales, disposición que es trascendental para pretender reformar las disposiciones que en materia de niños, niñas y adolescentes se pretendan realizar. Toda vez que si como se ha demostrado los elementos de la obstrucción del régimen de visitas, vendrán a constituirse un acto plenamente exigible ante autoridad judicial.

Al respecto el inciso tercero del mismo artículo, sobre la manera como resarcir este daño, estipula:

“La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.” (Código Civil ecuatoriano, 1970, Art. 2232, inciso 3)

La disposición normativa *per se*, acarrea un riesgo al dejar libremente a la sana crítica del juez la interpretación del valor real a cancelarse, y a su vez esto puede ser susceptible de manejos inescrupulosos por parte de la administración de justicia. Siendo por tal motivo importante contar con una disposición normativa que reforme el artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que de forma clara determine la forma de cálculo de la indemnización, y que deje el carácter coercitivo de la norma por una disposición que repare los daños causados.

Dentro de lo correspondiente al pago de la indemnización dentro de la normativa legal vigente, el Código de Procedimiento Civil dispone lo siguiente:

“Si se condenare a una de las partes al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, en la misma sentencia se determinará la cantidad que se ha de pagar, y si esto no fuere posible, se fijarán las bases para la liquidación y el modo de verificarla.” (Código de Procedimiento Civil, 2011, Art. 279)

Concordante con lo expuesto García (2005, pp. 112) en lo concerniente a la indemnización pecuniaria sobre los daños morales es enfático al señalar que:

“Si bien en la vida ordinaria el dinero no solamente tiene la función de proveer las necesidades materiales del hombre, sino que con el dinero también se satisfacen necesidades de índole moral, artísticas e intelectuales.”

Una vez establecida la necesidad de cubrir los daños de índole moral, se debe buscar su aplicación en materia de Niñez y Adolescencia, y es en ese campo es donde existe un vacío legal, ya que, el Código Orgánico de la Niñez y

Adolescencia, carece de una disposición específica, que refleje una real afectación al interés patrimonial de la persona que coartó el derecho de visitas.

Dentro del análisis de derecho comparado, se constituye un interesante precedente la resolución del Tribunal de Roma, que en sentencia de 13 de junio de 2000, en un caso de incumplimiento reiterado del derecho de visitas estableció:

“[...] condeno a la madre a indemnizar al padre por haberlo impedido y considero que el derecho de visita del padre no guardador constituye para él también un verdadero deber hacia el hijo. Entendido que la madre debía satisfacerle los daños morales porque el padre no puede cumplir estos importantes deberes hacia el hijo, ni satisfacer su derecho a conocerlo, a frecuentarlo y educarlo, en razón y en proporción de su propio sentido de la responsabilidad [...]” (Ruiz y Tejedor, 2010)

Como señala la corte italiana, el haber impedido el ejercicio del padre del ejercicio de sus deberes dentro de su crianza, es causal para que la madre cubra el daño moral ocasionado. De esta manera la Corte sienta un importante precedente para casos similares que pudiesen enmarcarse.

Ante lo expuesto, claramente la determinación de una indemnización, no puede ser enfocada como lo es en la actualidad, ya que, únicamente se limita a la valoración documental presentada en el proceso. Mientras que de acuerdo a lo que refleja el análisis de la realidad ecuatoriana, el padre o madre obstaculizador, con el fin de satisfacer sus motivaciones personales, reiteradamente estaría dispuesto a “indemnizar” con el fin de que el régimen de visitas no se cumpla, constituyéndose un vacío importante a ser legislado.

En definitiva el análisis del artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, requiere una reforma urgente, ya que, debido a los casos que se presentan en el Ecuador, la norma es poco eficaz, en lo que respecta a la búsqueda del cumplimiento del interés superior del niño, niña y adolescente. En primer lugar se debe observar la improcedencia de mantener a la retención

indebida y en segundo a la obstrucción del régimen de visitas, bajo el mismo tratamiento, debiéndose separar dichas sanciones para cada uno de los casos.

2.4. Casos emblemáticos del incumplimiento al régimen de visitas

Según lo revisado nuevos modelos de familia se han establecido en nuestro país constituyendo nuevos núcleos sociales compuestos por miembros que no necesariamente son papá y mamá, por tal motivo, se generan nuevos problemas a la hora de regular el derecho de visitas en favor del progenitor que se encuentra alejado del hogar.

Ante esta situación se suma la limitada jurisprudencia y normativa que posee nuestro marco jurídico, el cual se traduce en vulneraciones de derechos cuyos principales actores son los niños, niñas y adolescentes; en muchos casos se ha demostrado la imposibilidad de mantener un régimen de visitas armonioso, razón por la cual se ha incrementado la judicialización del problema por regulación del régimen de visitas.

Dentro del desarrollo del presente trabajo, con la finalidad de dilucidar la situación de la sociedad ecuatoriana respecto de estos problemas, se ha procedido a investigar casos particulares que demuestran los problemas que se suscitan dentro del ejercicio del derecho de visitas.

Las motivaciones para el incumplimiento del régimen de visitas suelen ser diversos desde un “el niño está enfermo” o simplemente “no contestar el teléfono”, esto, a razón de la conflictiva convivencia familiar generada durante su relación, lo cual sobre lo revisado hasta ahora, es perjudicial para el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

En consecuencia, la problemática no radica solo en los padres sino también en las dependencias encargadas de resolver la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes, como ejemplo, un proceso de alimentos en el Ecuador

dura aproximadamente 3 semanas en resolverse, a diferencia de un proceso de regulación del régimen de visitas que en el mejor de los casos se resolverá en un tiempo estimado de 9 meses, tiempo en el cual, el hijo o hija se ve afectado en sus derechos y lo que es peor el vínculo puede llegar a ser afectado.

Durante la investigación del presente trabajo de titulación se entrevistó a personas que vivieron de cerca la realidad de la determinación judicial y el incumplimiento del régimen de visitas en el Ecuador, entre los casos principales y emblemáticos constan varios que a continuación vamos a analizar.

2.4.1. Caso Salim Zaidán

En una entrevista realizada al abogado Salim Zaidán Albuja comenta que ha visto a su hija 3 veces en cuatro años, la primera vez cuando nació en la sala del hospital, la segunda como un gesto de “buena voluntad” de la madre de su hija por motivo de su cumpleaños y la tercera en la oficina del abogado de la madre, al respecto de esta situación, Zaidán (E0-1, 2015) indica que:

“En el Ecuador, el principio de interés superior no se aplica de manera correcta, puesto que, al tratarse de un principio no podemos esperar que sea preciso, ya que un principio tiene como característica principal ser impreciso y los jueces tienen mucha subjetividad para aplicarlo.”

De lo revisado en el título concerniente al interés superior, respecto de la incorrecta aplicación del interés superior por parte de los operadores de justicia en los casos presentados en el país, Zaidán (E0-1, 2015) manifiesta que:

“La falta de formación por parte de los actuales jueces y demás operadores de justicia, que siguen realizando viejas prácticas en cuanto a las resoluciones emitidas en los casos presentados, así como también el personal que esté involucrado en resolver temas de niñez y adolescencia, la oficina técnica, psicólogos y trabajadores sociales.”

Como bien señala el abogado Zaidán, la falta de capacitación por parte de algunos jueces se traduce en resoluciones totalmente desapegadas al interés superior del niño, niña y adolescente, además manifiesta que, los demás actores que se encuentran inmersos dentro del proceso como lo es la oficina técnica, trabajadores sociales, etc., deben apersonarse de los procesos que a diario se presentan.

Después de casi un año de lucha en los juzgados se reguló el régimen de visitas en favor de Salim por lo que la resolución quedo de la siguiente manera:

“Aceptar la demanda el actor Abogado Salim Marcelo Zaidán Albuja, tiene derecho a visitar a su hija la niña ISABELLA SOFIA ZAIDAN ARIAS, cada quince días los días domingos y lunes desde las 14H00 hasta las 17H00, en su hogar materno; con la aclaración que podrá llevar a su citada hija a lugares de recreación en esta ciudad de Loja, siempre que la niña se encuentre acompañada de un familiar o de una persona de confianza de la accionada. La oficina técnica de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Loja, realice el seguimiento e informe sus resultados. Hágase saber.” (Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Loja, Resolución, 2014)

Como se evidencia el texto de la sentencia, refleja una cruda realidad, luego de las dilaciones interpuestas dentro del proceso, el juez decreta una sentencia sin la valoración correspondiente de todos los factores que rodean a la visita, ya que, si bien reconoce la necesidad imperiosa del contacto de la hija con su progenitor, dictamina a que la visita sea realizada en el domicilio de la madre, sin valorar que el lugar de residencia de la madre es otro al que actualmente reside el padre, tampoco considera los elevados costos del traslado, la dificultad para acceder al lugar de residencia, la imposibilidad de un tiempo que se acorde al esfuerzo que se realice, en consecuencia no se toma en cuenta los elementos que el principio de interés superior dispone para este tipo de situaciones.

Por lo tanto, es de trascendental importancia que las dependencias del estado que se encuentran a cargo de la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes, así como, el personal que labora dentro de las mismas se

informen acerca de los perjuicios que se pueden ocasionar al no aplicar de manera correcta el interés superior en las resoluciones establecidas con el fin de “favorecer” los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

2.4.2. Caso Fausto Miño Zambrano

Por otro lado en una entrevista realizada al cantante Fausto Orlando Miño Zambrano comenta que no vio a su hijo por resentimientos generados durante la convivencia familiar con su ex cónyuge, pero principalmente a causa de una denuncia infundada que se dió en su contra por agresiones físicas y verbales.

Respecto de las denuncias infundadas Miño (E0-2, 2015) sostiene que:

“Deberían comprobar la veracidad de las denuncias presentadas, ya que, son con el único objetivo de obstruir el régimen de visitas y por ende dificultar el correcto acceso al niño, en mi caso puntual no se pudo comprobar violencia psicológica alguna peor física, sin embargo, la comisaria decidió establecer una multa de 65 dólares como sanción.”

Sobre lo expuesto, se puede señalar que se trata de una práctica reiterativa en el sistema judicial ecuatoriano, debido a la falta de disposiciones legales que regulen la capacidad de los administradores de justicia de las unidades judiciales especializadas, para proceder a determinar sanciones, más aún si no existe un debido proceso que permita el análisis de cada uno de los hechos, y si solo responden a una denuncia no verificada.

Por otro lado Miño (E0-2, 2015) sostiene también que:

“La convivencia familiar es de vital importancia para el desarrollo integral de los niños, ya que, al recibir el amor de los dos progenitores, es menos propenso a tener problemas en su adolescencia y por ende en su adultez.”

Es imprescindible la presencia de ambos padres una vez que se suscita la rotura conyugal o separación entre los ex convivientes, ya que se ha

demostrado que la coparentalidad responsable incentiva el buen comportamiento del niño y por ende la adquisición de responsabilidades de manera normal frente a un niño de padres separados en donde uno de los dos no ejerce su paternidad de forma óptima.

Para dar realce a la convivencia familiar Miño (E0-2, 2015) propone lo siguiente: “Se debería tomar como ejemplo legislaciones comparadas e introducir en nuestro código la custodia compartida con la finalidad de que el hijo o hija sea el único beneficiado en este proceso.”, en relación a este comentario efectivamente se debería recurrir a la custodia compartida y que la misma sea normada y reconocida por el actual Código de Niñez y Adolescencia, a fin de que el vínculo afectivo no se vea vulnerado.

Miño (E0-2, 2015) reconoce además que: “Gracias a que soy una figura pública mi proceso de regulación de visitas se llevó a cabo de una manera <<ágil>> y los jueces pudieron valorar cada prueba presentada dentro del proceso”, frente a esto la realidad que se vive en el país es distinta pues no todas las personas gozan del fácil acceso a los medios de comunicación lo que resulta una experiencia desgastadora, debido a que, en muchas de las ocasiones las personas experimentan sentimientos de frustración llegando a la conclusión de que las leyes solo están plasmadas en un papel sin que nadie las haga cumplir.

Después de ocho meses de lucha y las dilaciones presentadas dentro del proceso, por tomar un ejemplo de aquello, cuando se fijó la audiencia de conciliación no se presentó la parte demandada, finalmente la resolución de visitas se estableció determinando lo siguiente:

“Acepta el mutuo acuerdo de Régimen de Visitas presentada por el señor FAUSTO ORLANDO MIÑO ZAMBRANO, y LA SRA. MACARENA VALAREZO FERNANDEZ DE CORDOVA. De la siguiente manera.- Que el señor Fausto Minio Zambrano pueda visitar a su hijo el menor JOAQUIN ALEJANDRO MIÑO VALAREZO los días Martes y Jueves de cada semana de 9h30am hasta las 13h00pm en razón de que la madre a esa hora se encuentra desempeñando sus labores como Concejala, en las visitas determinadas el Señor Fausto Miño estará acompañado de las personas que designe la Señora Macarena Valarezo. Se ordena que pase a la oficina Técnica para que se realice la investigación respectiva esto es el

estudio del entorno social y psicológico de padres e hijo.- Este acuerdo estará vigente por el lapso de tres meses hasta la presentación del informe detallado pormenorizado del Equipo Técnico, este informe debe contener el estudio psicológico, familiar y social de las partes [...]” (Juzgado Segundo de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Pichincha, Resolución, 2013)

Como es visible la manera más fácil de regular un correcto régimen de visitas fue el mutuo acuerdo entre las partes, con la finalidad, de que el hijo en este caso sea beneficiario del amor y comprensión de ambos padres por **igual**, finalmente se puede determinar que en este caso el juez valora de forma correcta todas las pruebas presentadas en el proceso y convoca a los diferentes organismos encargados de la situación jurídica del niño, niña y adolescente para que determinen de manera periódica un análisis del entorno donde se desarrolla el niño.

2.4.3. Caso Gustavo Recalde

Durante la entrevista realizada a Gustavo Recalde, comenta que luego de su divorcio se reguló la situación jurídica respecto a la tenencia y alimentos a favor de su hija, en lo que respecta a la regulación de visitas el juez estableció el régimen de visitas, el cual era cada 10 días un sábado o domingo de 10 a 4pm. Al respecto Recalde (E0-3, 2015) comenta que: “**De no verle a verle ese poco tiempo se sentía feliz.**” (el énfasis es mío), esto, gracias a que la madre de su hija de manera arbitraria obstruyó el régimen de visitas por 1 año 6 meses, Recalde (E0-3, 2015) comenta además que: “La pensión alimenticia se ejecutó de forma ágil pero con el régimen de visitas no tuvo tanta suerte para ser resuelto”, como se puede observar la regulación de las pensiones alimenticias al tratarse de un elemento obligatorio y de primer orden se la debe establecer con la mayor brevedad posible, a lo contrario del régimen de visitas, que al tratarse de un proceso a resolver por cuerda separada demora más en resolverse.

Por otro lado Recalde (E0-3, 2015) manifiesta que: “la obstrucción del derecho de visitas fue principalmente a que, el trámite se entorpeció dentro de los

juzgados”. De lo manifestado se puede observar un informe emitido por el Consejo Nacional de la Judicatura respecto del equipo humano, el mismo manifiesta lo siguiente:

“EQUIPO HUMANO.-

Respecto al talento humano de los juzgados nacionales encuestados, **el 89% de ellos respondieron que no cuentan con personal de apoyo suficiente**, esto impide la ejecución eficiente de aplicación de la justicia, ya que la sobrecarga actual de trabajo en los funcionarios de las judicaturas. Imposibilita responder oportunamente al número de necesidades de los usuarios del sistema judicial. **En este sentido, la carencia de personal suficiente ocasionará la demora en la atención de las causas a nivel nacional.**” (CNJ, 2011, pp. 4)

De manera clara se puede observar que el mismo Consejo Nacional de la Judicatura, respecto del equipo humano reconoce las falencias acerca de la falta de personal para resolver las diferentes causas que ingresan a diario por sus dependencias, motivo por el cual, la excesiva carga procesal se traduce en vulneraciones de derechos y descuidos al momento de emitir sus resoluciones.

Los incumplimientos a las resoluciones de régimen de visitas suelen darse por parte del progenitor que ostenta la tenencia de los hijos hacia el progenitor que no convive con ellos, aduciendo motivaciones pueriles que denotan una clara voluntad en evitar que se produzcan las visitas con la regularidad debida. Al respecto en el siguiente foro electrónico se expresa lo siguiente:

“[...] Las situaciones de hecho en el incumplimiento pueden ser muy variadas, **desde no encontrarse en el domicilio el custodio ni el hijo, hasta alegar alguna supuesta enfermedad, o el más típico de alegar que es el menor el que no quiere llevar a cabo las visitas.** En el supuesto de alegar enfermedad habrá que solicitar al cónyuge custodio algún tipo de certificado o documento de la misma, así como la su gravedad para valorar si impide razonablemente la visita. En el caso de que este tipo de hechos se repitan habría que estar con el pediatra para alertarle de la posibilidad de que esté siendo usado/manipulado para justificar el incumplimiento de visitas, de cara a que sea más riguroso a la hora de constatar la supuesta enfermedad del menor así como sus limitaciones para llevar a cabo las visitas [...] El caso más corriente es el que mediante manipulación del menor, mediatización, lavado de cerebro, conflicto de lealtades, chantaje emocional o como se le quiera denominar, el progenitor custodio consigue que sea el propio menor el que manifieste que no quiere llevar a cabo la visita. Aún en estos casos, sobre todo cuan

menor sea la edad de los menores, las visitas deben de celebrarse [...]”
(Amnistía Infantil, s.f.)

Si los padres en algún momento en medio del conflicto llegan a un acuerdo sobre las visitas hacia sus hijos, es trascendental, que las mismas queden señaladas detalladamente con el fin de evitar futuros conflictos, respecto de sus días, horarios, etc.

En caso de ser necesario se puede ordenar que las visitas sean supervisadas por trabajadores sociales de las diferentes Oficinas Técnicas del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia en el caso de que el juez dicte alguna medida de protección en favor del niño, niña y adolescente, de igual forma los juzgados y unidades judiciales competentes en esta materia tienen la obligación de brindar ayuda psicológica, para evaluar de manera periódica cada caso en particular.

2.4.4. Caso Israel Salinas Zambrano

Durante la investigación se realizó una entrevista a un padre que ha sido vulnerado en su derecho de visitas así como en el derecho de convivencia familiar en favor de sus dos hijos es así que Salinas (E0-4, 2015) comenta que: “mi divorcio se produjo a causa de una infidelidad de su parte el cual repercutió en el adecuado acceso a mi régimen de visitas, por lo que, desde el año 2010 no he podido ver a mis hijos”, esto refleja que en la mayoría de ocasiones por resentimientos y riñas generadas dentro de la convivencia familiar, los niños son los principales afectados ya que con el afán de perjudicar al cónyuge alejado del hogar obstruyen el régimen de visitas, sin pensar que los más afectados en estos casos son los niños, niñas y adolescentes.

De igual forma Salinas (E0-4, 2015) manifiesta que: “[...] por una denuncia infundada, temeraria y maliciosa de violación, por parte de la hermana de mi ex esposa, el régimen de visitas se entorpeció de manera abrupta [...]” de lo expuesto hasta hoy se consolida que las principales causas de la obstrucción

del régimen de visitas son las denuncias infundadas que provienen de autoridad competente, al respecto, los jueces y demás operadores de justicia deben valorar y revisar con detenimiento las pruebas presentadas antes de emitir una resolución que a futuro pueda afectar el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Por otro lado Salinas (E0-4, 2015) manifiesta que los jueces y el estado no le dan importancia a la convivencia familiar que posee el padre o madre que se encuentre alejado del hogar en razón de que: **“He visto crecer a mis hijos durante cinco años por whatsapp**, gracias a las fotos que la madre publica” (el énfasis es mío), sobre lo expuesto se puede observar establecimiento de un régimen de visitas no tiene ninguna importancia para el progenitor obstructor, ya que, la misma ley no contempla sanciones drásticas efectivas que estimulen el cumplimiento de las resoluciones emitidas por los jueces, por lo que, se debería recurrir al derecho comparado y establecer multas como las Astreintes, con el fin de doblegar la voluntad del actor en cuanto al incumplimiento del régimen de visitas.

Con todo lo expuesto hasta la presente fecha se puede evidenciar que la administración de justicia, carece de todos los elementos para ahondar en mejores resultados sobre causas que requieren especial cuidado. Más aún si consideramos casos como los expuestos en sus testimonios, que elocuentemente hacen referencia a que la administración de justicia no realiza un análisis delicado de cada caso en particular en primer lugar para regular el régimen de visitas, en segundo lugar no toman en cuenta el principio de interés superior mismo que es de orden supremo además de que existe un procedimiento injusto en contra de los progenitores que coartan el derecho de visitas.

CAPITULO III

3. Medidas coercitivas para evitar la obstaculización del régimen de visitas

Como se ha evidenciado en el capítulo que antecede, la realidad del cumplimiento a las resoluciones del régimen de visitas en el Ecuador es preocupante, en la actualidad se utilizan prácticas maliciosas recurrentes que afectan el acceso correcto a este derecho. Del análisis realizado se puede esgrimir que el artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, tiene mezcladas varias disposiciones jurídicas que en la práctica desproporcionan el espíritu de la norma y carecen de eficacia.

Derivado de este artículo se realizará un análisis de la figura del apremio personal aplicada a la retención indebida del hijo o hija y obstrucción del régimen de visitas, de igual forma a la indemnización como mecanismo sancionatorio aplicado para reparar los daños ocasionados.

En base a lo analizado del derecho comparado, se deberá encontrar un mecanismo legal, que brinde mejores resultados para evitar que se incumpla el régimen de visitas, la medida a ser analizada se denomina Astreintes, la cual pese a sus beneficios doctrinarios, deberá ser analizada en su viabilidad y aplicación en función del marco jurídico ecuatoriano que rodea a los niños, niñas y adolescentes.

3.1. Análisis del artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

En la actualidad el Código de la Niñez y Adolescencia, hace alusión a las medidas sancionatorias e indemnizatorias respecto de la retención indebida del hijo o hija y la obstrucción del régimen de visitas, manifestando al respecto lo siguiente:

“El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución.” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 125)

Sobre lo expuesto, el artículo 125, trata sobre la retención indebida del hijo o hija, así como a la obstrucción del régimen de visitas dentro del mismo artículo, lo cual es incompatible, principalmente por los efectos que ocasionan, en el primer caso se produce un **alejamiento** grave y violento del entorno regular del hijo o hija, con el afán de satisfacer un interés individual. Mientras que en el segundo caso, **se impide**, crear el vínculo afectivo necesario para su desarrollo, creando considerables vacíos en la estabilidad emocional del niño, niña y adolescente.

A su vez el mismo artículo, determina medidas indemnizatorias, ante el cometimiento de cualquiera de los dos actos, sin que la misma sea efectiva por la carencia de procedimiento alguno debidamente contemplado en el mismo cuerpo normativo. Tal como lo señala el autor Simon (2004, pp. 32), quien en lo que respecta al análisis del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, expone que existe en el Ecuador:

“10. Una cultura “reglamentarista” **que ha hecho depender la aplicación de la ley a la existencia de un conjunto de normas de carácter secundario**, debilitando de esta manera las reglas sobre aplicación directa de los derechos” (el énfasis es mío).

De manera efectiva el autor, al señalar que existe una cultura reglamentarista, claramente afecta al comentario precedente, ya que, de que sirve una norma que señale que deberá indemnizarse, sino cuenta en el mismo cuerpo normativo con la disposición expresa que dé paso a tal solicitud, y requiera de reglamentaciones utópicas para concluir las disposiciones del referido artículo.

3.1.1. El apremio personal

Dentro del desarrollo del presente trabajo, se ha demostrado que el marco jurídico ecuatoriano, en relación con el incumplimiento de las disposiciones referentes al régimen de visitas, y los medios a través de los cuales se realizan tales actos, existe la imperiosa necesidad de imponer sanciones de manera coercitiva ante un acto indebido, respecto de lo cual, dentro de lo consuetudinario una de las principales medidas que han tomado los administradores de justicia, ha sido el apremio personal.

Doctrinariamente al apremio personal, de conformidad con lo expuesto por García (2007, pp. 21), se lo puede definir como: “[...] la orden del Juez, en fuerza de la cual se obliga a una persona a que realice o cumpla algo. Orden de captura que dispone el Juez, sobre los bienes personales o reales.”

Concordante con lo expuesto por el autor Rombola (2005, pp. 100) dice que: “Cualquier determinación o medida que toma el juez contra el que se muestra inobediente a sus disposiciones judiciales, estrechándolo por vía de justicia a que cumpla lo mandado.”

Por otro lado el autor Ossorio (2002, pp. 94) lo define como la: “Acción y efecto de apremiar, de compeler a alguien para que haga determinada cosa. También, mandamiento de autoridad judicial para compeler al pago de alguna cantidad o al cumplimiento de otro acto obligatorio [...]”

Tal como lo han señalado los autores mencionados el apremio, por si solo obliga al responsable al cumplimiento de una obligación claramente determinable, pero si a la disposición de apremio sumamos la referencia personal, entendemos que la referida figura enfoca su proceder sobre obligar a un individuo al cumplimiento de sus obligaciones, previo realizar una afectación sobre derechos propios de su personalidad, como por ejemplo la libertad.

En lo que respecta al tratamiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, principalmente en lo que atañe al incumplimiento del régimen de visitas, claramente la normativa ecuatoriana ha vinculado las disposiciones propias respecto al apremio personal, a fin de que se cumpla a cabalidad el régimen de visitas, es así que, el artículo 125 inciso segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en lo referente a la retención indebida o el impedimento en el cumplimiento del régimen de visitas, dispone:

“Si el requerido no cumple con lo ordenado, el Juez decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar, sin necesidad de resolución previa, el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación.” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 125)

Claramente como elemento determinante para que un juez ordene el apremio personal, se encuentra el **incumplimiento** a la orden judicial, de parar la retención indebida o la obstaculización del régimen de visitas. Es decir se trata de una medida extrema para el cumplimiento de esta disposición.

Las disposiciones referentes a niñez y adolescencia, mantienen en estricto derecho un carácter vinculante con la responsabilidad civil de las partes, es decir, padres o familiares, pero porque una disposición civil tiene que estar atada a una medida de carácter penal íntegramente como es la privación de la libertad, a través del apremio personal. Con el objeto de poder analizar esto diferenciamos que es una responsabilidad civil y una penal.

El autor Romero (2010, pp. 12) sobre la responsabilidad civil señala:

“[...] se produce una <<responsabilidad civil>>, generalmente, cuando una persona jurídicamente capaz infringe o incumple una obligación de dar, hacer o no hacer, previamente contraída por ella o expresa mente impuesta a su cargo por una ley determinada.”

Concordante con lo expuesto el tratadista Visser (1986, pp. 14) al respecto manifiesta que:

“Una persona es civilmente responsable cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro. Ella responde de ese daño. Entre el responsable y la víctima surge un vínculo de obligación. El primero se convierte en deudor del segundo de la reparación; esta obligación se origina independientemente de la voluntad del agente.”

Ante lo expuesto por los autores se puede señalar que la delimitación de responsabilidad civil, nace atada al cumplimiento de una obligación, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad respectiva, siendo por lo tal de cumplimiento obligatorio la **reparación**.

Mientras que el tratadista Romero (2010, pp. 12) sobre la responsabilidad penal señala que:

“[...] únicamente, cuando una persona jurídicamente capaz comete voluntariamente, por acción u omisión propia, alguna infracción penal, descrita o “tipificada” previamente como delito o contravención en una ley penal, con la determinación de su condigna sanción; siempre y cuando esa acción u omisión le sea imputable directamente a esa persona, sin ninguna duda.”

Como queda señalado, la responsabilidad penal responde a un principio jurídico universal, como lo es “*nula pena sine legem*”, es decir, si no existe una disposición tipificada en la norma no se podría tratar dicha acción por dicha vía, teniendo en el particular caso al derecho de visitas que resulta una aberración al tratar con privación de libertad al incumplimiento de una obligación.

Un elemento principal para la diferenciación viene dado desde las consecuencias, es así que Romero (2010, pp. 12) establece que:

“[...] la consecuencia más destacada de la “responsabilidad penal” es la privación de la libertad del culpable de la misma, ya sea mediante prisión o reclusión, mientras que todas las consecuencias de las “responsabilidades civiles” se resuelven o en el cumplimiento forzoso de la obligación infringida (entregar al comprador el vehículo vendido, por ejemplo), si se puede o si se quiere, o, en su defecto, en el pago monetario de la correspondiente reparación económica, o, en su defecto también, como última instancia, en la insolvencia del respectivo deudor.”

Acertadamente el autor señala que la libertad va directamente vinculada con acciones de carácter netamente penal, mientras que la responsabilidad civil acarrea el cumplimiento de lo pactado.

Sobre lo expuesto existe una grave equivocación al pretender vincular el incumplimiento del régimen de visitas con el apremio personal, es una medida que carece de proporcionalidad, ya que el incumplimiento si bien puede ser grave, una medida alternativa como por ejemplo la indemnización que responde a la afectación ocasionada, cumpliría con el propósito normativo y evitaría la aberración jurídica existente. Dándose así casos como el encontrado en la provincia de Tungurahua donde se ordena el apremio en contra de la madre que ostenta la tenencia del niño, algo que sin duda genera aún más precedentes:

“[...] dentro de la CAUSA No. 2013-21112 de ALIMENTOS, seguido por la señora MARIA FERNANDA NARANJO GUEVARA en contra de VICENTE RODRIGO PASTOR ALTAMIRANO, en el que, en su parte pertinente expresa lo siguiente [...]” Por cuanto de los informes se desprende que la señora MARIA FERNANDA NARANJO GUEVARA no ha dado cumplimiento a las visitas acordadas por las partes en Resolución de fecha 17 de diciembre del 2013, en tal virtud con fundamento a lo previsto en el Art. 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, con la intervención de la DINAPEN de esta Jurisdicción cantonal, se REQUIERE a la señora MARIA FERNANDA NARANJO GUEVARA, para que bajo prevenciones legales de apremio, de forma inmediata cumpla con el Régimen de visitas acordadas por las partes. Oficiese a la DINAPEN de este cantón a fin de que den cumplimiento a lo ordenado en el presente auto.- Notifíquese.” (Oficio Unidad Judicial H de la Mujer, Niñez y Adolescencia, 2015)

Claramente el juez vincula el artículo 125 con lo actuado por parte de la señora María Fernanda Naranjo Guevara, y como medida para exigir el cumplimiento del régimen de visitas se la requiere para que el apremio cause la interrupción del hecho sancionable.

El caso señalado constituye en un ejemplo de la desproporcionalidad que existe la norma, ya que, en mi opinión el apremio personal bajo ningún concepto puede estar vinculado al incumplimiento del régimen de visitas, e

incluso es muy discutible el mantener una disposición de este tipo en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, aunque ese sea tema de análisis de otro trabajo.

Si se llegará a ejecutar este oficio en contra del padre o madre obstructor, las secuelas que intrínsecamente llegarían serían devastadoras para el niño, niña y adolescente que se encuentra inmerso en este conflicto, ya que los hijos o hijas deberán presenciar el hecho de ver a su padre o madre tras las rejas como si se hubiese tratado de un delincuente.

Evidentemente, la norma requiere de un análisis, con el objetivo de seguir avanzando jurisprudencialmente en materia de niñez y adolescencia en el país, tomando como ejemplo al derecho comparado, y a corto plazo debería promulgarse una reforma urgente al artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, con el fin de buscar otras opciones como medios de sanción al padre o madre que obstruya el régimen de vistas.

3.1.2. La retención indebida del hijo o hija

Como se señaló anteriormente la retención indebida nace por parte del progenitor que haciendo uso doloso del régimen de visitas, retiene de manera arbitraria al hijo o hija. Situación que por su complejidad y enmarcado en la grave afectación que se produce, de conformidad con el inciso segundo del mismo artículo, se procede a buscar soluciones a través del apremio personal, por lo que el citado inciso determina:

“Si el requerido no cumple con lo ordenado, **el Juez decretará apremio personal en su contra**, sin perjuicio de ordenar, sin necesidad de resolución previa, el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación.”
(Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 125)

Como quedó expuesta la medida del apremio anteriormente, está vinculada principalmente con el derecho penal, en atención a la privación de la libertad

que inmiscuye su cumplimiento, lo cual es correcto y deberá mantenerse para este caso, en vista del uso malicioso que se da al derecho de visitas.

Concordante con lo expuesto, en lo concerniente a la gravedad del acto, se debe señalar a su vez, que es necesario mantener a la indemnización como un mecanismo, para resarcir todos los daños que provoca el recuperar al hijo o hija de una retención indebida, esto incluye costos por traslados, honorarios y demás gastos plausibles que demandaron al padre a cargo de la tenencia del hijo o hija, poder exigir el correcto cumplimiento de los preceptos del derecho de visitas.

La mezcla de estas dos sanciones responden a la gravedad, que significa emocionalmente el sustraer del entorno habitual a un niño, niña o adolescente, lo cual a su vez deberá ser evaluado por profesionales en la psicología para colegir si es favorable el mantener un régimen de visitas con la persona que cometió esta arbitrariedad.

3.1.3. La obstrucción del régimen de visitas

En lo concerniente a la obstrucción del régimen de visitas, es necesario señalar que no es posible mantener al apremio personal como una medida idónea en este particular caso. Ya que, el progenitor que obstruye el régimen de visitas no puede ser sancionado tan drásticamente, en este caso con el apremio personal, y con más razón si se trata de aquella persona que regularmente es participe de las actividades cotidianas en el desarrollo del niño, niña y adolescente.

Tal como el análisis del presente trabajo ha demostrado, en lo concerniente al derecho comparado la medida más recomendable de conformidad con su efectividad son las Astreintes, la cual establece una multa pecuniaria sobre el patrimonio de un individuo y causa un influyente impacto en la persona que

atenta contra los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en este caso el derecho a la convivencia familiar y el derecho de visitas.

3.2. Contenido básico de una propuesta normativa al artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

Por todo lo expuesto, podemos determinar que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia requiere una reforma a su artículo 125, en primer lugar separando el tratamiento de la retención indebida de la obstrucción del régimen de visitas, por los argumentos antes expuestos, de igual forma, a través de esta división del artículo, asignar las multas pecuniarias o astreintes como medida coercitiva a aplicarse, siendo por tal motivo necesario alejar al apremio personal como una sanción y a la indemnización como medida coercitiva ante la obstrucción al régimen de visitas, por no corresponder al tipo de acto que se juzga que claramente se enmarca en incumplimientos de carácter civil.

La determinación de la astreintes debe contener todos los elementos de análisis que permitan al juez cuantificar el valor pecuniario a cancelarse, pero siempre recordando que a través de la astreintes, no se debe afectar al patrimonio o la integridad de la persona, debido a la situación afectiva que se tenga con el niño, niña o adolescente, y los daños que pudiesen ocasionarse.

Definitivamente las astreintes como queda demostrada es completamente concordante con nuestro marco normativo vigente, y su aplicación responde a la necesidad de la sociedad ecuatoriana, de parar inmediatamente los abusos que usan determinados progenitores respecto al derecho de visitas, no puede pretenderse un desarrollo de la sociedad si el contacto entre progenitores y familia ampliada no se encuentra tutelado, el mismo no se logrará si no existen mecanismos efectivos que primeramente impidan estos actos maliciosos.

En segundo lugar frente a la retención indebida del hijo o hija, sería importante seguir conservando la figura de apremio personal como sanción al padre o

madre que realiza este cometimiento, así como mantener la indemnización por los daños causados, ya que, al quitar de manera agresiva de su entorno a un niño que su desarrollo integral y físico está cursando de manera normal, afectaría y tendría daños irreversibles en su personalidad y psiquis, lo cual resultaría de mayor gravedad.

Finalmente es menester exponer que debido a la idiosincrasia de la sociedad ecuatoriana, al alejar el apremio personal como una sanción a aplicarse, podría interpretarse como un debilitamiento de la norma, lo cual lamentablemente podría ser así, sino se cuenta con el fuerte juzgamiento ante la reiteración de faltas por la obstrucción del régimen de visitas, siendo imperioso el regular el cometimiento constante de las mismas, hasta ocasionar una conciencia sobre la prohibición de mantener esa conducta contraria al interés superior del niño, niña y adolescente. No obstante de aquello, y de revisión correspondiente, el análisis de la determinación de la astreintes, como una medida para aquellos padres que teniendo una resolución judicial de los días para realizar las visitas, no las cumplen.

3.3. Viabilidad de la utilización de una medida coercitiva para evitar la obstaculización del régimen de visitas.

Tal como lo dispone la norma uno de los principios rectores que protege el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, es el principio de interés superior, consagrado en la Constitución de la República en el artículo 44, el cual se ha venido detallando en el presente trabajo de investigación, mismo que constantemente es transgredido, ya que, los operadores de justicia no toman en cuenta los elementos constitutivos del interés superior como por ejemplo la opinión del niño, las disposiciones sobre las cuales se admiten interpretaciones en relación a su condición jurídica al momento de la separación o divorcio de sus progenitores, en este sentido se elegirá la interpretación que favorezca en mayor parte a los intereses de los niños, niñas y adolescentes.

Parte de las implicaciones que conlleva el interés superior del niño, niña y adolescente, es aquel relacionado con la convivencia familiar y las relaciones intrapersonales, entendiéndose como tales, a aquellas alejadas del concepto tradicional de la familia, esto es, papá, mamá e hijos, sino que, con el nacimiento de nuevos conceptos de familia las relaciones afectivas y de convivencia familiar, ahora están compuestas por nuevos miembros que se suman a los conceptos tradicionales.

Dentro de este derecho de convivencia, se encuentra el permanente contacto con el padre o madre y familia ampliada, que se encuentran alejados de la crianza diaria de los hijos e hijas, siendo de vital importancia la correcta determinación del derecho de visitas, a fin de precautelar el interés superior.

La problemática existente en cuanto al régimen de visitas, ha logrado demostrar las inconsistencias e inconvenientes que esta figura adolece. Es así que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 122 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, es de cumplimiento obligatorio por parte del progenitor que ostenta la tenencia del hijo o hija, regular de manera perentoria, el régimen de visitas hacia el progenitor que se encuentra alejado del hogar.

Por otro lado en el segundo inciso del mencionado artículo deja una peligrosa puerta abierta al hablar de suspender el régimen de visitas, cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del niño, niña y adolescente, al respecto se señala que:

“[...] las denuncias infundadas son consideradas las primeras artimañas utilizadas para obstruir el régimen de visitas, en mi caso nunca se demostró ninguna agresión física ni verbal, no obstante la comisaria me impuso una sanción de 65 dólares.” (Zaidán, E0-1, 2015)

Sobre lo expuesto, es claro manifestar que el sistema ecuatoriano, de acuerdo con lo señalado por el señor Zaidán, en lo concerniente a la suspensión del régimen de visitas, de manera equivocada se ha considerado “medidas de protección” a aquellas medidas, dictaminadas en ese entonces por las

comisarías de la mujer (ahora unidades judiciales de la familia, niñez y adolescencia). En consecuencia, las medidas tomadas por parte de los comisarios (ahora jueces de la unidades judiciales de la familia, niñez y adolescencia, podían afectar las resoluciones de los jueces respecto a la regulación del régimen de visitas, considerando que bastaba una simple denuncia contra el supuesto agresor para limitar el correcto acceso al niño, niña y adolescente, sin que haya una correcta valoración de los hechos y las pruebas presentadas dentro de la infundada denuncia.

En base de los testimonios encontrados a lo largo del presente trabajo de investigación, que son muestra fehaciente de la realidad sobre el incumplimiento del régimen de visitas, se puede detectar la principal problemática respecto del derecho de visitas, el cual se denomina síndrome de alienación parental, el cual consiste en modificar el pensamiento propio de los niños con el fin de conseguir un desapego del hijo o hija hacia el padre o madre alejado del hogar.

Como se ha visto el síndrome de alienación parental, viene dado por diversos motivos, dentro de los cuales de acuerdo a lo investigado en la sociedad ecuatoriana, contempla resentimientos, disputas económicas, orgullo, revanchismo, generados durante la convivencia familiar, que lamentablemente están ocasionando daños irreparables en las conductas de los niños, niñas y adolescentes. Por lo que se puede visualizar que existe un vacío legal, respecto del tratamiento específico del cumplimiento del régimen de visitas y las sanciones impuestas al padre o madre que impida ejercer este derecho.

Con respecto a la obligación del Estado, en materia legislativa, para este derecho la Constitución dispone que:

“[...] las niñas, niños y adolescentes son titulares de todos los derechos humanos además de los específicos de su edad. Tendrán derecho a la salud integral y a la nutrición, a la educación cultura y deporte y recreación; a la seguridad social a tener una familia y a disfrutar de la convivencia

familiar y comunitaria [...]” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 45)

Concordante con lo expuesto:

“[...] 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 especializada en los ámbitos públicos y privados.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 46)

Los referidos artículos de la norma suprema, de manera general recalcan el deber del Estado, en proveer a los niños, niñas y adolescentes de un entorno adecuado para su desarrollo emocional, siendo que, en el particular caso del derecho de visitas, se deberá proveer, en primer lugar de un marco jurídico acorde a la importancia que tal derecho representa para el bienestar social de este grupo de atención prioritaria.

Una vez que se cuente con el marco jurídico adecuado, es necesario manifestar que ninguna disposición podría ser efectiva sino se cuenta con una correcta administración de justicia, ya que, como señala el autor Simon (2004, pp. 32) en relación a las críticas de la normativa actual del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia:

“3. Las normas transitorias establecieron que quienes conforman la justicia de niñez y adolescencia **sean los operadores del viejo sistema, quienes sin capacitación y formación adecuada se encuentran trabajando con una nueva ley aplicando viejas prácticas y concepciones [...]**” (el énfasis es mío)

Si se señala el carácter proteccionista que debe tener la norma, sería a su vez necesario dotar de todos los elementos necesarios, siendo fundamental el contar con profesionales acorde a lo que las teorías actuales demandan en materia de niñez y adolescencia.

3.4. Las astreintes

Procediendo con el análisis correspondiente de derecho comparado, y como dentro de la realidad ecuatoriana se ha podido evidenciar que la indemnización no es una medida coercitiva como tal, legislaciones latinoamericanas han optado por la imposición de medidas coercitivas o conminatorias reales, que provoquen una afectación social directa sobre acciones indebidas. Es así, que varios países han optado por una medida denominada **Astreintes**.

Las diversas vicisitudes que se han encontrado en relación al régimen de visitas y al cumplimiento de sus resoluciones, respecto de la normativa en materia de niñez y adolescencia dentro de la realidad ecuatoriana, se requiere de manera perentoria medidas urgentes y efectivas que vayan acorde a los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de manera puntual a su interés superior.

Para empezar a entender esta medida, debe empezarse por definirla, es así que Zannoni (1988, pp. 242) define a las Astreintes de la siguiente manera:

“Las astreintes son condenaciones conminatorias de carácter pecuniario, que los jueces pueden aplicar a quien no cumple un deber jurídico impuesto en una resolución judicial, cuya vigencia perdura mientras no cese la inejecución, pudiendo aumentar indefinidamente [...]”

Concordante con la definición dada, el autor Raynaud (1992, pp. 423) sostiene que:

“El astreinte sigue siendo, hasta tanto no se proceda a su liquidación, una condenación eventual que no puede ser perseguida por embargos; pero ciertas decisiones han admitido que una decisión a astreintes conminatorias puede justificar un embargo retentivo, ya que este tiene el carácter de una medida conservatoria hasta tanto no intervenga la sentencia en validación, que no puede darse sino después de la liquidación del astreinte. Pero el embargo retentivo exige un crédito cierto en su existencia, y tal es el caso de la condenación al astreinte, puesto que éste puede ser suprimido por el juez. La condenación a astreinte es simplemente eventual.”

Como acertadamente han señalado los autores la astreintes mantiene un elemento esencial respecto de ser una medida pecuniaria por la cual se exige un cumplimiento con el carácter de condena.

Etimológicamente se puede señalar que la imposición de esta medida contiene un carácter influyente del derecho francés, tal como lo expone la autora López (2011, p.22) refiriéndose al origen de la medida:

“[...] se denominó astreinte a aquella medida conminatoria y compulsiva, consistente en la fijación de una suma de dinero que se incrementa por día o por otros lapsos, hasta que el condenado cumpla con lo ordenado en la sentencia pronunciada en su contra.”

Además la misma autora señala que:

“Los dos primeros antecedentes que se convirtieron en los casos clásicos datan de 1809 y 1811. En este último caso, el tribunal de Gray impuso una astreinte de tres francos por día de demora para que quien había sido condenado a retractarse públicamente, lo hiciera.” (López, 2011, pp. 22)

Sin duda alguna, se puede verificar que estas sanciones de carácter pecuniario han trascendido en el tiempo y que desde sus inicios su naturaleza era el cumplimiento forzoso de un dictamen o una sentencia emitida por parte de una autoridad, quien hacía de juez en esa época.

Refiriéndose a la naturaleza de la figura el autor Llambias (2005, pp. 101) manifiesta que:

"[...] La <<astreinte>> es un instituto admirablemente adaptado a las ideas del derecho moderno: la persona del deudor es sagrada, pero sus bienes han de soportar la agresión de quienes tienen contra él justo motivo de queja. De ahí que no haya nada más razonable que sujetar al deudor a una sanción de tipo pecuniario, mientras incumpla deliberadamente el deber impuesto por la sentencia."

Como queda expuesta la imposición de las sanciones vinculadas en contra de derechos expresamente consagrados como obligaciones de hacer, no hacer o

deber ser, no pueden ser vinculadas con la persona, estas por su origen, son de carácter civil, y por ende con intrínseca afectación sobre su patrimonio, por lo cual deberá ser donde recaigan todas las acciones.

Si bien podemos determinar que la astreintes constituyen una medida íntegramente coercitiva, como tal debe analizarse cada una de las características que lo rodean, tal como lo señala el autor Viera (1987, pp. 16) sus principales características son:

Accesoriedad: toda vez que la medida de astreintes es accesoria a una resolución del administrador de justicia.

Arbitrariedad: ya que la medida de astreintes nace ante el irrespeto de una decisión judicial.

Anticipación y futureidad: la astreintes busca precautelar que no sé del acto sancionado, de esa manera se busca evitar el conculcamiento de cualquier acto ilegítimo. Y a futuro ejerce su poder ya que el sancionado conoce del poder de la resolución.

Compulsiva: la astreintes responde a actos indebidos de inmediato a los actos sancionables.

Conminatoriedad: la medida de astreintes conmina al autor a detener cualquier acto indebido.

Discrecionalidad: no es de cumplimiento inmediato, siempre está sujeta al análisis de la autoridad judicial.

Son modificables o provisorias: una vez determinadas, no son definitivas ya que el juez puede valorar su pertinencia o no.

Son pecuniarias: una vez establecida la medida necesariamente debe existir un valor económico determinable.

Periodicidad: la astreintes debe ser establecida relacionando un periodo en el tiempo real en base de los antecedentes expuestos.

Progresividad: esta medida debe ser progresiva en atención a la repetición del incumplimiento de las resoluciones de la autoridad.

La obligación debe depender de la voluntad del deudor: la medida va a estar vinculada con la voluntad del deudor de llegar a una solución pacífica, con un compromiso firme.

Debe ser un cumplimiento posible: la medida debe contemplar necesariamente el análisis de la capacidad de pago.

Una vez detallado todo lo que caracteriza a las astreintes, se puede señalar que esta medida es perfectamente aplicable al incumplimiento del régimen de visitas y sobre cualquier situación de orden civil. Las resoluciones y sentencias emitidas por los administradores de justicia, que obligan a las partes al respecto al régimen de visitas, debe ser cumplida sin excepción alguna, pero ante el incumplimiento debe existir la posibilidad de medidas de carácter pecuniario, estas tienen un efecto directo sobre los actos de las personas, por la importancia que tiene cualquier pena económica.

Mediante astreintes podemos dar una alternativa cuando indebidamente el padre o la madre imposibiliten las visitas, y el administrador de justicia puede conminar a su cumplimiento, pero con una multa económica. Ahora es importante señalar que la multa no puede ser igual en todos los casos, como lo señalan los tratadistas Osterling y Castillo (2003, pp. 2865) “[...] las «astreintes» son siempre provisorias y esencialmente mutables, porque el juez podría aumentarlas, disminuirlas o hacerlas cesar, según el caso [...]”.

Como señalan los autores la característica mutable de la medida de astreintes, otorga al administrador de justicia la capacidad de acuerdo a su sana crítica y equidad diferenciar la pena a establecerse. No puede pretenderse una multa similar a una persona con incumplimientos constantes que una persona que comete por primera vez su error. De igual forma al señalar que se trata de una medida provisoria entendemos que no puede ser perennizada en el tiempo.

Respecto del espíritu que se pretende con el establecimiento de la medida de la astreintes, se puede señalar que:

“[...] La condenación al astreinte tiende a obtener del deudor, por la amenaza que representa, la ejecución de la condenación principal. El astreinte no tiene el carácter de una medida de ejecución de esta condenación, puesto que solo tiende a obtener la ejecución de deudor mismo. **Por consiguiente, es preciso descartar todas las consecuencias que resultarían de la idea de la condenación a astreintes constituye una medida de ejecución** [...] El astreinte sigue siéndolo, hasta tanto no se proceda a su liquidación, una condenación eventual que no puede ser perseguida por embargos [...]” (Cury, 2010)

Claramente cómo se señala, no puede entenderse a la astreintes como una medida de ejecución ya que es jurídicamente exigible mediante esta medida en primer lugar la interrupción del acto, cada señalamiento de astreintes es un valor de pago que se constituye en un antecedente para calificar el procedimiento del padre o madre, para a futuro poder determinar si la complejidad del caso lo amerita juzgar la tenencia del niño, niña y adolescente ya que se trata de un claro antecedente, sobre la capacidad de la persona en proveer de una estabilidad emocional al niño, niña y adolescente.

A nivel Latinoamericano, existen legislaciones que ya estipulan a la astreintes como una medida dentro del manejo del derecho de familia, pero particularmente en Argentina, se han visto avances considerables, es así que, las astreintes están reguladas por Código Sustantivo, precisamente en el Libro Segundo, relativo a los Derechos Personales en las Relaciones Civiles,

contemplado en la Sección Primera, Parte Primera, correspondiente a las Obligaciones en General, el cual señala que:

“Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.” (Código Civil argentino, 1968, Art. 666 bis)

A parte de la decisión de carácter pecuniario, es rescatable la disposición del inciso segundo, porque otorga claramente a la otra parte la posibilidad de justificar el proceder, lo cual no radicaliza la norma, y permite el análisis particular de cada caso.

Concordante con el anterior artículo, de igual forma esta figura jurídica queda tipificada y regulada en el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación Argentina, mismo que manifiesta lo siguiente:

“Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder”. (Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación Argentina, 1081, Art. 37)

3.4.1. Análisis jurisprudencial de la utilización de astreintes

Bajo los preceptos judiciales señalados por la administración de justicia argentina, se ha dado claras muestras del uso de la medida de astreintes en relación al Derecho de Familia. En Argentina, el primer fallo que aplica astreintes es del día 6 de julio de 1959, que en autos señala:

“Munari, Domingo c/ Passerón Julio Santiago y fue dictado por la Cámara Civil – Sala E – integrada por los Dres. Calatayud, Cazaux Alsina y

González. Allí el Tribunal sostuvo, citando a Jofré, que: donde no es posible el empleo de la fuerza material para el cumplimiento específico, es posible el empleo de la fuerza pecuniaria y psicológica mediante una progresiva condenación ya que <<[...] **la función jurisdiccional comprende no solo la actividad que el estado realiza para aplicar la norma general y abstracta, ya existente, al caso concreto y para poner en claro el mandato individualizado que de ella nace, sino también en la actividad ulterior que el Estado lleva a cabo para hacer que ese mandato concreto sea observado. Es decir que el Juzgador, además de estar investido de la facultad de juzgar, debe contar con medios idóneos para hacer cumplir sus decisiones**>>; y citando a Salvat, Lafaille y Alsina concluye que los jueces y Tribunales deben estar habilitados y disponer de todos los recursos necesarios para hacer cumplir sus resoluciones, ya que al no estar permitida la coacción física sobre la persona del deudor, nada obsta a la aplicación de una multa compulsiva.”

La magistral definición del juez sobre la causa señalada, es clara en señalar la urgente necesidad de contar con medios que permitan a los administradores de justicia hacer respetar sus resoluciones, con el único objetivo de beneficiar a los niños, niñas y adolescentes.

Otro caso que despierta el análisis es:

“Los Jueces Dres Marcelo José Molina y María Adelaida Etchevers - integrantes del Tribunal Colegiado N° 5 de Rosario - RESUELVEN :1º) Ordenar la traba de embargo sobre los haberes que la Sra. D.O. percibe en el Ministerio de Educación de la Provincia de Santa Fe por la suma total de \$ 5.250 más un 20% por intereses y costas, todo ello en proporción de ley. Oficiése. Las sumas retenidas deberán ser depositadas en el Banco Municipal de Rosario (Sucursal 80) a la orden de este Tribunal y para estos actuados dentro de los cinco (5) días de devengados los haberes debiéndose abrir a tal fin una cuenta distinta de otras existentes para estas actuaciones. 2º) De la planilla practicada por astreintes imputadas por la actora a visitas posteriores al 31/08/2012, traslado . 3º) No hacer lugar al pedido de bloqueo de la cuenta bancaria alimentaria. 4º) Del incidente de modificación de régimen de visitas provisorio: vista a la Sra. Defensora General. Insértese y hágase saber.” (Prat, 2013)

La administración de justicia argentina en este caso particular adicional a la conminación al pago de valores establecidos, si bien es clara, impide la solicitud de bloqueo de la cuenta donde se cancelan los valores por alimentos, ya que no tiene sentido afectar al hijo o hija por el incumplimiento de uno de sus progenitores, se estaría afectando el interés superior del niño.

Otras legislaciones también tratan este tema.

República Dominicana:

López (2011, pp. 30) al respecto dice que:

“Las astreintes también han sido incorporadas al derecho civil (sic) de la República Dominicana, esto desde el año 1888; es decir, a finales del siglo xix, cuatro años después de la promulgación del Código Civil, **figura jurídica a la que se impuso el nombre de daños y perjuicios por retardo o constreñimiento.**” (el énfasis es mío)

[...] Cabe mencionar que la astreinte no está codificada en la Legislación Sustantiva Civil de la República Dominicana; al igual que en Francia, se le conoce por medio de la jurisprudencia y la doctrina; sin embargo, se arraiga a su sistema judicial, porque su sustento emana del Código Civil, que contempla las bases de todo contrato, bajo el argumento relativo a que para poder reclamar el cumplimiento de una obligación por medio de una astreinte, obvio es, que las partes han tenido que contratar libremente antes.”

Como lo señala el autor en República Dominicana, la figura de astreintes tiene su origen en el Código Civil de esa nación, dándole la denominación de daños y perjuicios por retardo, lo cual a mi criterio no es aplicable, debido a que las astreintes se tratan de una medida pecuniaria, que se origina debido a un incumplimiento de una orden judicial, en el caso de nuestro trabajo de investigación el incumplimiento del régimen de visitas, mientras que la indemnización de daños y perjuicios viene derivada de la lógica valoración de la afectación realizada a la persona.

La tratadista López (2011, pp. 96) acerca de las diferencias de las astreintes y los daños y perjuicios manifiesta lo siguiente:

“1. Los daños y perjuicios sustituyen la ejecución en natura; las astreintes tienden a obtener dicho cumplimiento.

2. Los daños y perjuicios implican la existencia de un daño; las astreintes no. Tampoco éstas se fijan en proporción al perjuicio, por lo que han sido calificadas de arbitrarias.

3. Los daños y perjuicios son definitivos; las astreintes pueden ser dejadas sin efecto, aumentadas o disminuidas por el juez.

4. Los daños y perjuicios son establecidos ineludiblemente por el juez si se ha acreditado debidamente su existencia; las astreintes pueden ser impuestas o no por el juez, discrecionalmente.”

Claramente como señala el autor las diferencias determinan que, bajo ningún concepto, las astreintes pueden ser símiles a los daños y perjuicios, pero principalmente en lo que atañe al daño, ya que, su valoración no es ni más ni menos importante, pero el origen del acto marca su tratamiento.

Tal como se ha expuesto, la medida del astreintes, responde al incumplimiento de las resoluciones de la administración de justicia, respecto de lo cual los autores exponen:

“[...] Las astreintes sirven para obtener el cumplimiento “in natura”, evitando el cumplimiento por equivalente; sin provisionales, buscan intimidar al deudor a fin de obligarlo a cumplir la prestación, constituyen una amenaza de sanción y tienen un efecto intimidatorio más que punitivo[...] Las astreintes están destinadas a cumplir una doble función: la conminatoria y la sancionatoria. La primera surge de la decisión judicial mediante la cual se impone una condena a quien no cumple una orden impartida por el magistrado en uso de sus facultades: la segunda se presenta en el supuesto de que el obligado, pese a la sanción conminatoria, no efectivice su deber jurídico, ya que no existe mera coacción psicológica sino estricta sanción[...] la aplicación de astreintes constituye un modo de constreñir al cumplimiento de las sentencias judiciales, ya sean definitivas o interlocutorias[...] la máxima <<pacta sunt servanda>> como tantas otras nos parecen lejanas porque el incumplimiento devino en regla. Es la impotencia frente al incumplidor la que origina y justifica la actualidad de las astreintes. Las astreintes como mecanismo o medidas de coacción que muchos sistemas legislativos en diversos Estados lo han incorporado son importantes ya que es un modo de hacer cumplir las obligaciones que tiene el un progenitor o en todo caso es la multa que estaría sujeto al no cumplir con lo que establece la ley y en muchos de los casos se llegaría hasta el embargo de bienes ya que depende del tiempo mientras incumpla la ley la multa mantendrá reciprocidad.” (Games y Spencer, 2005)

Efectivamente, el autor señala que las astreintes se han convertido en una medida ejemplificadora en el sistema judicial, ya que, exige el cumplimiento de las obligaciones del progenitor o en su defecto la multa a cancelarse al no respetar la ley en el caso puntual el régimen de visitas. Situación por la cual en lo que refiere a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y muy en

especial en el caso ecuatoriano, se puede considerar como una medida idónea para cortar el irrespeto que la figura del régimen de visitas viene acarreado.

Si viene a conocimiento de la autoridad que el régimen establecido viene sufriendo constantes afectaciones, el juez debe con el carácter de emergente tener la capacidad para frenar esos actos, siendo como tal la necesaria reforma del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para que como se ha procedido en el Derecho comparado, muy en especial el caso argentino, se cuente con un instrumento jurídico a la altura de la delicadeza que el caso de irrespeto del régimen de visitas implica.

3.4.2. Aplicabilidad de las Atreintes o multa pecuniaria en el marco jurídico ecuatoriano

La medida de astreintes, que implica la determinación de una multa ante el incumplimiento de una disposición judicial, debidamente establecida, en lo referente al régimen de visitas, requiere de un marco jurídico acorde, que permita su imposición. En primer lugar debe señalarse que la actividad de los administradores de justicia, se encuentra regulada por el Código Orgánico de la Función Judicial, respecto de la facultad coercitiva de los jueces, dispone:

“En cumplimiento de lo que dispone el artículo 132 del Código Orgánico de la Función Judicial las juezas y jueces pueden:

1. Imponer multa compulsiva y progresiva diaria destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión, sin perjuicio de las consecuencias legales que, al momento de la resolución de las causas, produce la contumacia de la parte procesal.

La multa será establecida discrecionalmente por el tribunal, jueza o juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo ser reajustada o dejada sin efecto si se considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación.

Las cantidades serán determinadas considerando la cuantía o la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de tal manera que signifiquen una efectiva constricción psicológica al cumplimiento de lo dispuesto.” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2014, Art. 132)

De acuerdo al artículo señalado es obligación del juez la determinación dentro del ejercicio de sus funciones, la imposición de multas progresivas diarias, con el fin de que se dé cumplimiento de los dictámenes emitidos por los operadores de justicia. En el caso puntual, la persona que obstruye el régimen de visitas.

Por otro lado no es menos cierto como señala el último inciso del artículo señalado, que a pesar de la dureza del acto que debe sancionarse, la multa considerará la naturaleza del asunto juzgado, es decir, que no puede ser desproporcionada a la realidad de la persona que lo cometió.

A su vez con el fin de determinar dicha sanción, y en apego de las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial, respecto al cálculo, el tratadista Pérez (2008, pp.246) dice que: “[...] para la fijación de la cuantía de la astreinte **se tiene en cuenta el patrimonio de aquella persona cuya voluntad se trata de compeler [...]**” (el énfasis es mío).

En base de lo señalado el autor ya emite un primer criterio, y estipula como base de cálculo la situación patrimonial del individuo, lo cual es un argumento importante, debido a que los actos nacerán en estricto apego al principio jurídico de **proporcionalidad** de la norma.

Por otro lado Pérez (2008, pp.243) manifiesta que:

“Las multas deben reiterarse hasta la completa ejecución del fallo judicial, es decir, mientras el sujeto requerido no cumpla con lo que se le ordena el órgano jurisdiccional deberá seguir imponiéndole multas hasta lograr doblegar su voluntad.

La posibilidad de reiterar las multas puede ser utilizada como un elemento objetivo de coerción, al estilo de la adaptación de la sanción al tiempo que transcurre hasta el cumplimiento de otros apremios de naturaleza pecuniaria-como las tradicionales astreintes” (el énfasis es mío).

Claramente la posición del autor, nos deja ver que muchas veces puede darse casos en los cuales, la parte infractora, con el único propósito de causar daño a la otra no le importe el pagar una multa, y seguir cometiendo actos que van en

contra de la ley. Entonces es recomendable seguir con la imposición de multas progresivas hasta que el acto sancionable cause el objetivo esencial de la norma, en este caso evitar la obstrucción al régimen de visitas. En consecuencia, la manera más idónea de sancionar al progenitor que incumpla con lo ordenado por el juez no es a través del apremio personal como se encuentra tipificado en la actualidad por la normativa nacional.

Respecto del señalamiento progresivo de la astreintes, se pueden presentar diversas inquietudes, principalmente por el carácter que implica la generación de una obligación, que el incumplimiento del padre o madre genera por impedir el régimen de visitas.

El artículo 1505 del Código Civil vigente, dispone:

“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, **mientras el otro no lo cumple por su parte**, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.” (el énfasis es mío)

Doctrinariamente el artículo señalado, responde a un principio jurídico universal de obligaciones, referente a “la mora purga la mora”, y que dentro de la materia del presente trabajo, podría ser confundido maliciosamente por un padre o madre, que desee dar por cumplida su obligación de alimentos en atención a la astreintes impuesta.

Al respecto debe diferenciarse, los titulares de cada uno de los derechos. Respecto del derecho de alimentos, el artículo 4 del Título V del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, señala:

“Art. 4.- Titulares del derecho de alimentos.- Tienen derecho a reclamar alimentos:

1. Las niñas, niños y adolescentes, salvo los emancipados voluntariamente que tengan ingresos propios, a quienes se les suspenderá el ejercicio de éste derecho de conformidad con la presente norma;
2. Los adultos o adultas hasta la edad de 21 años que demuestren que se encuentran cursando estudios en cualquier nivel educativo que les impida

o dificulte dedicarse a una actividad productiva y carezcan de recursos propios y suficientes; y,

3. Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse.” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 4)

Tal como señala la norma, los titulares del derecho de alimentos, se encuentran, claramente estipulados, y bajo ningún considerando se ha determinado como titular de los mismos al padre o madre a cargo de la tenencia, situación por la cual, es imposible pensar que los valores de pensión alimenticia pueden suplir valores generados por el incumplimiento de una sentencia. Más aún si se considera que el interés superior del niño, niña y adolescente, prevé que a través de los valores entregados por concepto de alimentos, deben cubrir necesariamente las siguientes necesidades, detalladas en el artículo 2 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, y que los detalla de la siguiente forma:

“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 que incluye:

1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;
2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;
3. Educación;
4. Cuidado;
5. Vestuario adecuado;
6. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos;
7. Transporte;
8. Cultura, recreación y deportes; y,
9. Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 2)

Claramente este artículo inicia señalando que se trata de un derecho connatural a la relación parento filial, situación por la cual se concluye, en la imposibilidad de poder ser considerada como una obligación equiparable a las

que pudiesen ser generadas por el padre o madre sancionado con astreintes, en virtud del objeto mismo de la obligación que no es compatible.

Por lo tanto cualquier pretensión que busque judicialmente dar por cumplida la obligación de alimentos en razón de la mora por astreintes deberá ser, rechazada por la autoridad judicial correspondiente en virtud de que esa convalidación afectaría el interés superior del niño consagrado en la constitución y que es principio rector de aplicación universal.

CONCLUSIONES

El análisis del presente trabajo ha determinado, que a pesar de la constante mención del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como un principio rector, no es tomado en cuenta por las autoridades judiciales y administrativas. Existe una falta de vinculación de este precepto jurídico con el derecho de visitas, pues, el procedimiento de determinación del régimen de visitas se encuentra muy lejano respecto de lo que la doctrina recomienda. La ley no cuenta con un mecanismo coercitivo que permita que el progenitor que no ostenta la tenencia pueda ejercer su legítimo derecho a las visitas.

De la investigación realizada respecto al régimen de visitas, se ha determinado que la familia tradicional ha evolucionado, trayendo consigo varios limitantes, puesto que, hoy en día las familias están compuestas por otros miembros de la familia ampliada por ejemplo abuelos, tíos, vecinos. Esto ha ocasionado que la normativa se vea limitada a la hora de regular el régimen de visitas, debido a que los administradores de justicia al no ampliar su criterio sobre las nuevas acepciones de familia vulneran el derecho a la convivencia familiar y demás derechos ligados al principio de interés superior del niño, niña y adolescente.

Dentro de los mecanismos contemplados en el artículo 122 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se ha establecido la obligatoriedad de regular el régimen de visitas hacia el progenitor alejado del hogar, como una obligación conjunta al otorgamiento de la tenencia, con la finalidad de mantener el vínculo y permitir el derecho a la convivencia familiar.

De la investigación realizada se concluye que, la mayoría de los progenitores que ostentan la tenencia de los hijos o hijas, de manera dolosa presenten denuncias infundadas con la finalidad de obtener “medidas de protección” en favor del hijo supuestamente maltratado, sin que existan las evaluaciones correspondientes, constituyéndose una de las principales prácticas recurrentes para propiciar la obstrucción al régimen de visitas.

En relación al artículo 125 del Código orgánico de la Niñez y Adolescencia, se determina, que resulta confuso y contradictorio la coexistencia de la retención indebida y la obstrucción al régimen de visitas, en el mismo artículo y con las mismas consecuencias jurídicas.

Si bien el apremio personal puede estar justificado para la retención indebida, pues, la antijuricidad existente al retener de forma indebida al hijo o hija e impedir que retorne al progenitor que ostenta la tenencia es más grave, por lo que, se debe aplicar toda la fuerza coercitiva correspondiente, como lo es el apremio personal y por ende la indemnización a los perjuicios causados.

Sin embargo el apremio personal resulta una medida desproporcionada como sanción a la obstrucción al régimen de visitas, ya que, al ejecutar esta medida en contra del padre o madre obstructor, los hijos o hijas que presencien este hecho podrían presentar secuelas devastadoras en su desarrollo integral, a su vez, la privación de la libertad dificulta el desempeño normal del progenitor en el ámbito laboral, en consecuencia no puede tener ingresos para cumplir con sus obligaciones, por lo que, al ejecutar esta medida creamos un círculo vicioso que difícilmente se pueda resolver.

Sobre el caso puntual de la obstrucción al régimen de visitas, no se puede mantener una medida tan drástica como lo es el apremio personal, más aún, si consideramos que quien generalmente obstruye las visitas, es aquella persona que convive más tiempo con el hijo o hija, por lo que, aplicar una sanción penal sería atentar contra el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Finalmente, es necesaria una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, incorporando un artículo innumerado a continuación del artículo 125 que trate específicamente cada una de las dos figuras, conservando el apremio personal y la indemnización para la retención indebida y estableciendo multas pecuniarias progresivas para la obstrucción del régimen de visitas.

El Derecho comparado, respecto del tratamiento al derecho de visitas, ha demostrado la efectividad de la utilización de medidas coercitivas efectivas en contra del padre o madre que obstruye el régimen de visitas, como son las astreintes, las cuáles son multas pecuniarias de aplicación inmediata, que tienen facultad para incrementarse de manera progresiva ante la reiteración de la falta cometida.

Sobre lo expuesto, se concluye que las astreintes son completamente concordantes con el marco normativo vigente ecuatoriano, ya que para determinar las multas, se podría recurrir al artículo 132 del Código Orgánico de la Función Judicial, debiendo tal señalamiento, ser enfático respecto de la responsabilidad directa del obstructor, sin que pueda existir lugar a confusión alguna o descuento o transacción contra la pensión alimenticia, en virtud que en el segundo caso el titular del derecho de alimentos es exclusivamente el niño, niña y adolescente.

RECOMENDACIONES

Como resultado de la investigación realizada a través del presente trabajo de titulación, se recomienda al estado promover campañas de información y concientización de la sociedad respecto de la importancia de los vínculos afectivos que genera la correcta aplicación del derecho de visitas. De manera especial se recomiendan constantes procesos de capacitación a todos quienes conforman el poder judicial, con el fin de que se observen las nuevas acepciones y mecanismos que se deben aplicar en sus resoluciones, así como también que sus actuaciones respondan a criterios técnicos propios del manejo de este grupo de atención prioritaria.

Existe una alta incidencia del síndrome de alienación parental, ya que, al no encontrarse tipificado en ningún cuerpo normativo no pueden contemplarse sanciones efectivas ante este tipo de actuaciones, por lo que, se hace urgente su tratamiento en aras de evitar vulneraciones a sus derechos primordiales.

REFERENCIAS

- Aguilar, J. (2005). S.A.P Síndrome de alienación parental, Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro. Madrid, España: Almuzara.
- Aguirre, R. (2006). La Tenencia de Menores en el Ecuador, Quito, Ecuador: Gráficas Cárdenas.
- Albán, E. (2003). Derecho de la Niñez y Adolescencia. Quito, Ecuador.
- Alberdi, J. (1964) En Peña y Padilla. Buenos Aires, Argentina.
- Alessandri, A. (1943). De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Santiago, Chile: imprenta universitaria.
- Amnistía Infantil. (s.f.). Instrucciones ante el Incumplimiento del Régimen de Visitas. Recuperado el 10 de Mayo de 2015 de <http://donesigualtat.jimdo.com/consejos-qu%C3%A9-hacer-si/incumplimiento-r%C3%A9gimen-de-visitass/>
- Aveiga, D. (2003). Normas de Procedimientos para la aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia en el Ecuador. Guayaquil, Ecuador: Miguez & Mosquera.
- Bavestrello, I. (2003). Derecho de Menores. Santiago, Chile: Lexis Nexis.
- Buaiz, E. (2004). Introducción a la Doctrina para la Protección Integral de los Niños. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Cabrera, J. (2010). Interés Superior del Niño. Quito, Ecuador: Jurídica Cevallos.
- Carbonnier, J. (1991). Derecho Civil, Relaciones Familiares y Cuasi Familiares. Barcelona, España: Bosch.
- Cillero, M. (1998). Concepto de interés superior del niño. México. Recuperado el 22 de septiembre de 2014 de http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm

Código Civil Distrito Federal, 1928, México.

Código Civil ecuatoriano, Registro Oficial No. 446 de 4 de junio de 1970.

Código Civil General, 1889, España.

Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio del 2005, Última modificación: 24-nov-2011.

Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento 544 de 9 marzo de 2009, Última modificación 2014.

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003, Última Modificación 2013.

Consejo Nacional de la Judicatura. (2011). Diseño Institucional y la Capacidad Instalada. Quito, Ecuador. Recuperado el 12 de Mayo de 2015 de http://www.crin.org/docs/conclusiones_informe_juzgados.pdf

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.

Convención Sobre los Derechos del Niño (1989).

Corte Constitucional el Ecuador, Acción de Protección, publicada en el Registro Oficial Suplemento 572, de 10 de noviembre de 2011. Quito, Ecuador. Recuperado el 18 de Diciembre de 2014 de <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/94b3e948-dc4a-44f3-86dc-ce296c9aed16/0317-09-EP-res.pdf?guest=true>

Corte de Asturias, Sentencia de Primera Instancia, Prov236494, 2005. España. Recuperado el 20 de Enero de 2015 de [file:///C:/Users/User/Downloads/81504_AAL-PT_CW-SAP-Regulacion-y-Jurisprudencia-07-09-09%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/81504_AAL-PT_CW-SAP-Regulacion-y-Jurisprudencia-07-09-09%20(3).pdf)

Corte Nacional de Justicia de Colombia, Consejo de Estado, 19001-23-31-000-2001-00757-01, 2009. Colombia. Recuperado el 15 de Diciembre de

2014 de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-606-13.htm#_ftn10

Corte superior de Justicia de Ontario, Sentencia Jurisprudencial, 2008. Ontario, Canadá. Recuperado el 25 de Enero de 2015 de [file:///C:/Users/User/Downloads/81504_AAL-PT_CW-SAP-Regulacion-y-Jurisprudencia-07-09-09%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/81504_AAL-PT_CW-SAP-Regulacion-y-Jurisprudencia-07-09-09%20(3).pdf)

Corte Suprema de Ohio, Sentencia Síndrome de Alienación Parental, R.C. 3109.04, 1997. Estados Unidos Ohio. Recuperado el 3 de Enero de 2015 de [file:///C:/Users/User/Downloads/81504_AAL-PT_CW-SAP-Regulacion-y-Jurisprudencia-07-09-09%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/81504_AAL-PT_CW-SAP-Regulacion-y-Jurisprudencia-07-09-09%20(1).pdf)

Cury, J. (2010). Consideraciones sobre Astreintes. República Dominicana. Recuperado el 30 de Enero de 2015 de http://jottincury.com/eng/publicaciones/PDF/Procesal_Civil/PC_16.pdf

Dagnino, A. (1975). Potesta parentale e diritto di visita.

De Santo, V. (1999). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía. Buenos Aires, Argentina: Universidad.

Díaz, R. (2006). Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales. Buenos Aires, Argentina.

Duran, A. (2004). La Protección Internacional del Menor Desamparado. Madrid, España: Colex.

Escrache, J. (2001). Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Madrid, España: Eduardo Cuesta.

Games, L. y Spencer, H. (2005). Las Astreintes en el Derecho Civil y Laboral.

García, E. (1994). Derecho de la infancia adolescencia en América Latina de la Situación Irregular a la Protección Integral. Bogotá, Colombia: Pacis.

García, F. (2005). Parte práctica del juicio por la acción de daño moral y forma de cuantificar su reparación. Quito, Ecuador: Rodin.

- García, J. (2007). Manual Teórico Práctico del Código de la Niñez y Adolescencia, Cuenca, Ecuador: Arco.
- Gardner, R. (1985). Recent Trends in Divorce and Custody Litigation. United States: Academy Forum.
- Gardner, R. (1998). The Parental Alienation Syndrom. Estados Unidos: Creative Therapeutics.
- Gatica, N. y Chaimovic, C. (2002). La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Argentina. Recuperado el 25 de septiembre de 2014 de <http://www.cognitiojuris.com/artigos/04/07.html>
- Grosman, C. y Martínez, I. (2000). Familias Ensambladas. Buenos Aires, Argentina.
- Ivars, J. (2008). Guarda y Custodia Compartida. Aspectos Procesales y Sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Landa Trujillo, F., Régimen de Visita. Perú. Recuperado el 15 de abril del 2014 en: http://www.teleley.com/articulos/art_landa.pdf
- Landa, F. (2002). El Régimen de Visitas. Perú. Recuperado el 28 de septiembre de 2014 de http://www.teleley.com/articulos/art_landa.pdf
- Larrea, J. (2006). Diccionario del Derecho Civil. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Llambías, J. (2005). Tratado de Derecho Civil Obligaciones. Buenos Aires, Argentina.
- López, A. (1995). A mis hijos educo yo. Bogotá, Colombia: San Pablo
- López, L. (2011). Las Astreintes, Remedio Eficaz Para la Oportuna Ejecución de las Sentencias. Guadalajara, Mexico: Universidad de Guadalajara.

- Ordeñana, T. (2000). La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas vigentes en la relación de Familia. Guayaquil, Ecuador: Corporación Fragua.
- Ossorio, M. (2002). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Osterling, F. y Castillo, M. (1994). Tratado de las obligaciones. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Pérez, G. (2008). La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso administrativo doctrina y formularios. Madrid, España: Del Blanco.
- Pinto, C. (2009). La custodia compartida. Barcelona, España: Bosch.
- Plan Nacional Decenal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia. (2013). Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia, Ecuador.
- Planiol, M y Ripert, G. (1945). Tratado práctico de Derecho Civil francés, Traducción española del doctor Mario Díaz Cruz. La Habana, Cuba.
- Poussin, G. (2005). Los hijos del divorcio: psicología del niño y separación parental. México: Trillas.
- Prat, A. (2013). Por incumplimiento reiterado del régimen de visitas, ordenan la traba de embargo de los haberes de la madre en concepto de astreintes no pagados. Argentina. Recuperado el 10 de Octubre de 2014 de <http://www.adelaprat.com/2013/03/por-incumplimiento-reiterado-del-regimen-de-visitas-ordenan-la-traba-de-embargo-de-los-haberes-de-la-madre-en-concepto-de-astreintes-no-pagados-no-autorizan-el-bloqueo-de-la-cuenta-bancaria-alimenta/>
- Raynaud, P. (1988). Encyclopedie Juridique Dalloz, Repertoire de Droit Civil. Paris, Francia.
- Reca, I. (1993). La familia Chilena en los noventa. Santiago, Chile: Sernam.

- Rivero, F. (2007), *El Interés del Menor*, Madrid, España: Dykinson.
- Rombola, N. (2005). *Diccionario: Ruíz Díaz De Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Diseli.
- Romero, B. (2013). *Las posibles sanciones al progenitor por no respetar el Régimen de Visitas en la Legislación Ecuatoriana*. Quito, Ecuador.
- Romero, M. (2010), *Incumplimientos del Derecho de Visitas y Consecuencias Jurídicas en el Marco Familiar*, Madrid, España: Reus.
- Romero, M. (2011), *La Guarda y Custodia Compartida*, Madrid, España: Reus.
- Rospigliosi, E. (2014). *Régimen de Visitas y derecho a la comunicación entre parientes*. Lima, Perú: Grijley.
- Ruiz, J. y Tejedor, L. (2010). *Indemnización de los daños morales sufridos por uno de los progenitores al ser privado por el otro de relacionarse con su hijo*. España. Recuperado el 05 de Mayo de [file:///C:/Users/User/Downloads/Ruiz_718_Indemnizacionprogenitores%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Ruiz_718_Indemnizacionprogenitores%20(3).pdf)
- Salazar, C. y Gonzales, M. (1990). *El daño moral*. Bogotá, Colombia: Judicial.
- Salberg, B. (2003). *Los niños no se divorcian*. Buenos Aires, Argentina: Beas.
- Simon, F. (2008). *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales*. Quito, Ecuador: Cevallos.
- Stilerman, M. (1991). *Menores*. Buenos Aires, Argentina: S.R.I.
- Trabazo, V. (2012). *Ante la separación: ¿cuál es el mejor régimen de visitas para mi hijo?* España. Recuperado el 04 de Noviembre de 2014 de <http://gabinetedepsicologia.com/ante-la-separacion-%C2%BFcual-es-el-mejor-regimen-de-visitadas-para-mi-hijo-psicologos-madrid-tres-cantos>

- Tribunal Constitucional del Perú, Jurisprudencia peruana, N.04493-2008-PA/TC, 2008. Perú. Recuperado el 12 de Diciembre de 2014 de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04493-2008-AA.html>
- Tribunal Supremo Español, Sentencia tercera Instancia, 2013. España. Recuperado el 04 de Mayo de 2015 de <http://blog.hernandezvilches.com/jurisprudencia-en-guarda-y-custodia-compartida/>
- Valero, S. (2007). Preguntando sobre el Síndrome de Alienación Parental. España. Recuperado el 25 de Octubre de 2014 de <http://www.actualpsico.com/preguntando-sobre-el-sindrome-de-alineacion-parental/>
- Vega I. y Allen C. (2001): Realidad Familiar en Costa Rica, Aporte y desafíos desde las Ciencias Sociales, San José, Costa Rica: Mercedes Flores.
- Viera, L. (1987). Naturaleza jurídica y caracteres de la astreinte. Uruguay.
- Visser, D. (1986). De la responsabilidad civil contractual y extracontractual por el hecho de otro. Bogotá, Colombia.
- Zannoni, E. (1978). Derecho de familia. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

ANEXOS

PROPUESTA DE REFORMA:



REPÚBLICA DEL ECUADOR



EL PLENO

DE LA COMISION LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACION

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el registro oficial No.- 449 del 20 de Octubre del 2008 determina que: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.”

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 derecho a la salud integral y a la nutrición, a la educación cultura y deporte y recreación; a la seguridad social a tener una familia y a disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria.

Que, el artículo 46 de la carta magna 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 especializada en los ámbitos públicos y privados.

Que, luego del análisis realizado por la Comisión de la Niñez y Adolescencia, y dada la problemática referente al derecho de visitas en el Ecuador, se ha determinado que, la retención indebida así como la obstrucción del régimen de visitas, no pueden coexistir en el mismo artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Que, el artículo 1 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, establece:

Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

En uso de las atribuciones legales contempladas en el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 54 de la ley Orgánica de la Función Legislativa:

Refórmese el contenido del artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, y se dispone la publicación del presente en el Registro Oficial, sustituyendo el mismo por el siguiente texto:

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

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

En atención a la señalada reforma, inclúyase a continuación, el siguiente artículo innumerado:

“Art. Innumerado: Obstrucción del Régimen de Visitas.- El padre, madre o cualquier persona que utilizando cualquier medio, obstruya el régimen de visitas, será sancionado con una multa pecuniaria, previo análisis determinado por el juez. En caso de reincidencia, la multa se incrementará progresivamente.

Los valores generados por concepto de obstrucción al régimen de visitas, se encuentran prohibidos de ser compensados con la pensión alimenticia cuyo único titular es el niño, niña y adolescente.”

Artículo Final.- La presente reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sala de sesiones de la asamblea nacional ubicada en el distrito metropolitano de la Ciudad de Quito a los 16 días del mes de marzo del año 2015;

PRESIDENTE COMISIÓN
LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACIÓN

SECRETARIO COMISIÓN
LEGISLATIVA Y FISCALIZACIÓN