



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

***PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ABOGADO DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR***

TÍTULO:

“LA SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y SU INCIDENCIA JURÍDICA FRENTE AL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, EN LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA DURANTE EL AÑO 2015.”

Tesis previa a la obtención del título de abogada de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador.

AUTORA

LORGIA CATALINA TOCALEMA CUNALATA

TUTORA

ABG. ANA MACHADO

Riobamba – Ecuador

2017

CERTIFICACIÓN



ABG. ANA MACHADO, CATEDRÁTICA DEL NIVEL DE PRE-GRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO.

CERTIFICO:

Haber asesorado y revisado detenida y minuciosamente durante todo su desarrollo, la Tesis titulada: “LA SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y SU INCIDENCIA JURÍDICA FRENTE AL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, EN LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA DURANTE EL AÑO 2015.” Realizada por Lorgia Catalina Tocalema Cunalata, por lo tanto, autorizo realizar los trámites legales para su presentación.

A handwritten signature in blue ink, which appears to read 'Ana Machado', enclosed within a blue oval shape.

ABG. ANA MACHADO
TUTOR

HOJA DE CALIFICACIÓN



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
ESCUELA DE DERECHO

TÍTULO:

“LA SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y SU INCIDENCIA JURÍDICA FRENTE AL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, EN LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA DURANTE EL AÑO 2015.”

Tesis de grado previa la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, aprobado por el tribunal en nombre de la Universidad Nacional de Chimborazo y ratificado con sus firmas.

MIEMBROS DEL TRIBUNAL

Dr. Polibio Alulema
PRESIDENTE

9,5

Calificación

Firma

Abg. Machado Ana
TUTOR

10

Calificación

Firma

Dr. Juan Pablo Cabrera
MIEMBRO 1

9.5

Calificación

Firma

Dr. Robert Falconi
MIEMBRO 2

10

Calificación

Firma

NOTA FINAL:

9.75

DERECHOS DE AUTORIA

Los resultados de la investigación, criterios, análisis y conclusiones, así como los lineamientos propósitos.

Expuestos en la presente tesis, son de exclusiva responsabilidad del autor, y los derechos de autoría pertenecen a la Universidad Nacional de Chimborazo.



Lorgia Catalina Tocalema Cunalata

C.C. 1804972873

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico a mis padres, ya que ellos son la razón y la fortaleza que tengo para poder culminar mi formación tanto personal como profesional ya que con su infinito amor y apoyo incondicional siempre están allí apoyándome para seguir en adelante.

Lorgia Catalina Tocalema Cunalata

C.C. 1804972873

AGRADECIMIENTO

A Dios por darme la vida y la fortaleza durante todo este lapso de estudiantil, y por regalarme la bendición más grande que son mis padres. Luis e Imelda, gracias por apoyarme y estar en cada etapa de mi vida ya que por ustedes hoy puedo alcanzar una de mis metas.

Lorgia Catalina Tocalema Cunalata

C.C. 1804972873

ÍNDICE

PORTADA	I
DERECHOS DE AUTORIA	III
DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTO	V
ÍNDICE	VI
ÍNDICE DE CUADROS	IX
ÍNDICE DE GRÁFICOS	IX
RESUMEN.....	X
ABSTRACT	XI
INTROUCCIÓN	XII
CAPITULO I.....	13
MARCO REFERENCIAL	2
1.1 Planteamiento del problema	2
1.2 Formulación del problema.	3
1.3. Objetivos.	3
1.3.1. Objetivo general.	4
1.3.2. Objetivos específicos.....	4
1.4. Justificación e importancia del problema.....	4
CAPITULO II	5
MARCO TEÓRICO.....	5
2.1. Antecedentes de la investigación.	6
2.2. Fundamentación Filosófica.	6
2.3. Fundamentación teórica.	7
UNIDAD I.....	7
DERECHO DE VISITAS	7
1.1 Derecho de visitas.	8
2.1.1 Concepto del derecho de visitas.	8

2.1.2 Origen del régimen de visitas.....	10
2.1.3 El derecho de visitas en la Constitución.....	11
2.1.4 El derecho de visitas en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.	12
2.1.5 Clases de visitas.....	14
2.1.5.1 Horario restringido	14
2.1.5.2 Horario ampliado.....	15
2.1.5.3 Visitas provisionales.....	15
2.1.5.4 Visitas definitivas	16
2.1.6 Jurisprudencia.....	16
Análisis.....	20
UNIDAD II	21
PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO	21
2.2 Principio del interés superior del niño.....	21
2.2.1 Concepto.....	22
2.2.2 Breve reseña histórica	23
2.2.3 Características	25
2.2.4 Objeto	27
2.2.5 Efecto.....	27
2.2.6 Límite	29
UNIDAD III.....	32
EFFECTOS QUE PRODUCE LA SUSPENSION DEL REGIMEN DE VISITAS FRENTE AL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	32
2.1.3 Efectos que produce la suspensión del régimen de visitas frente al principio del interés superior del niño.	32
2.1.3.1 Separación del menor del padre que realiza la visita, para precautelar su integridad.....	32
2.1.3.2 Establecimiento de visitas dirigidas, artículo 122 Código de la Niñez y Adolescencia.	33
2.1.3.3 Determinación de violencia sobre el menor, para suspender o privar la patria potestad del padre agresor.	34
2.1.3.4 Establecer medidas de protección para el menor de edad	36
CAPÍTULO III.....	38

MARCO METODOLÓGICO	38
3. Hipótesis general.....	38
3.1 Variables	38
3.1.1 Variable Independiente.....	38
3.1.2 Variable dependiente	38
3.1.3 Operacionalización de las variables.	39
3.2 Definición de términos básicos.	41
3.3 Enfoque de la Investigación.	42
3.4 Tipo de Investigación.	42
3.5 Métodos de investigación.....	43
3.6 Población y muestra.	44
3.6.1 Población.	44
3.6.2 Muestra.....	45
3.7 Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos.....	45
3.8 Instrumentos.....	46
3.9 Técnicas de procedimiento, análisis y discusión de resultados.	46
3.10 Comprobación de la pregunta hipótesis.	56
CAPÍTULO IV.....	58
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	58
4. Conclusiones y recomendaciones	58
5. Bibliografía:	60
5.1. Leyes:	61
5.2. Link grafía:	61
ANEXOS	62

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro 1: Variable Independiente	39
Cuadro 2: Variable Dependiente.....	40
Cuadro 3: Población.....	45
Cuadro 4: Pregunta 1.....	49
Cuadro 5: Pregunta 2.....	51
Cuadro 6: Pregunta 3.....	52
Cuadro 7: Pregunta 4.....	54
Cuadro 8: Pregunta 5.....	55

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Pregunta 1	50
Gráfico 2: Pregunta 2	51
Gráfico 3: Pregunta 3	52
Gráfico 4: Pregunta 4	54
Gráfico 5: Pregunta 5	55

RESUMEN

La investigación tiene como finalidad no satisfacer los deseos o derechos de los progenitores (o abuelos y otros parientes), sino cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores en un desarrollo equilibrado del menor.

Se debe entender que la tenencia es una figura jurídica del derecho de menores, orientada a preservar la integridad de los hijos menores de edad cuando se produce la ruptura del hogar, otorgando el cuidado diario aquel de los padres que preste mejores condiciones para esta labor, sin que los derechos y obligaciones que tienen ambos padres se alteren.

El régimen de visitas se dicta en el caso que el hogar se separe, debido a que el padre y la madre ya no conviven, en virtud de lo cual es necesario que se determine cuál de ellos va a quedar al cuidado de los hijos, en la que precisen el derecho de visitas por parte del progenitor que no tenga la custodia del menor, señala que el juez podrá limitar y suspender si se dieran graves circunstancias que afecten al menor y a sus derechos.

El derecho de visitas se configura como un derecho de los hijos, pero también un deber y una obligación del progenitor, si no se lleva a cabo, puede dar lugar a la pérdida de la patria potestad para proteger el interés superior del menor y no crearles falsas expectativas de una visita que luego no se produce, es evidente si hay un incumplimiento reiterado e injustificado se produce una desvinculación entre padre e hijo que provocara el progresivo alejamiento entre ambos el juez puede limitar y suspender el régimen de visitas cuando se den graves circunstancias que afecten el interés superior del niño.

Abstract

The purpose of the research is not to satisfy the wishes or rights of the parents (or grandparents and other relatives), but to cover the affective and educational needs of the children in a balanced development of the child. It should be understood that tenure is a legal figure of the right of minors, aimed at preserving the integrity of minor children when the breakup of the home occurs, giving daily care to those of the parents who provide better conditions for this work without the rights and obligations of both parents being altered. The visitation regime is dictated in the case that the household is separated, because the father and the mother no longer coexist, by virtue of which it is necessary to determine which of them will remain in the care of the children, in which specify the right of visits by the parent who does not have custody of the child, also indicates that the judge may limit and suspend if serious circumstances are given that so advise or seriously or repeatedly violate the rights imposed by a legal resolution. The right of visits is configured as a right of the children, but also a duty of the parent, so if he does not exercise them, without justifiable cause, it can lead to suspension to protect the best interest of the child and not create false expectations of a visit that does not occur, it is evident if there is a repeated and unjustified noncompliance, there is a separation between father and son that causes the progressive separation between both the judge can limit and suspend the visitation regime when serious circumstances occur a child's superior interest.



Reviewed by: Barriga, Luis
Language Center Teacher

INTROUCCIÓ

La presente investigación está estructurada por tres capítulos, ordenados de la siguiente forma: Capítulo I, contiene el marco referencial, que es el marco referencial, en donde se puede encontrar el planteamiento del problema, objetivos, justificación e importancia del trabajo.

En el Capítulo II, se encuentra la fundamentación teórica del trabajo, por lo cual es el capítulo más importante es por esta razón que se lo ha dividido en tres unidades, las mismas que se encuentran en el siguiente orden: Unidad I, que trata acerca del derecho de visitas en la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, así como las clases de visitas: Horario restringido, horario ampliado, visitas provisionales, visitas definitivas, para finalizar con la jurisprudencia.

Dentro de la Unidad II, se estudió el principio del interés superior del niño, en cuanto a su concepto, historia, características, objeto y efecto. Unidad III, dentro de la cual se estudiaron los efectos que produce la suspensión del régimen de visitas frente al principio del interés superior del niño, de modo general se puede indicar que los efectos que produce son: la separación del menor del padre que realiza la visita, para precautelar su integridad, el establecimiento de visitas dirigidas, artículo 122 Código de la Niñez y Adolescencia, la determinación de violencia sobre el menor, para suspender o privar la patria potestad del padre agresor y finalmente el posible establecimiento de una de las medidas de protección para el menor de edad, que otorga el Código Orgánico de la Niñez y la adolescencia.

Finalmente en el Capítulo III, se tratará el marco metodológico, que es una síntesis de la metodología empleada a lo largo de la investigación, para poder abordar lo que ha sido la investigación de campo, en cuanto se refiere a entrevista y encuestas, así como a sus resultados.

En síntesis se ha buscado abordar el régimen de tenencia y la influencia que tienen los informes, social, familiar, educativo, psicológico, educativo, los cuales son

emitidos por el equipo técnico del juzgado, en las conclusiones y recomendaciones de carácter general, emitidas por los administradores de justicia.

CAPITULO I

MARCO REFERENCIAL

1.1. Planteamiento del problema

El derecho de menores, es una rama de especialidad del derecho, bastante apegada al derecho civil, propone una normativa especial, que garantice el derecho de la niñez y adolescencia, protegiéndoles de cualquier evento que pueda perjudicarles, incluso dentro del seno materno. El derecho de menores es pues una rama del derecho que busca la protección de la niñez y la adolescencia, muy por encima del derecho de la familia.

En tanto, la familia permanece unida, los padres salvaguardan el derecho de los hijos debido a que conviven permanentemente con ellos y de esta forma buscan su bienestar, no obstante, la situación de los menores de edad cambia cuando la familia se separa y los menores deben tomar la dolorosa decisión de vivir con uno solo de sus padres, quién ostentará la tenencia de su hijo, que no es otra cosa que la protección y cuidado diario del mismo.

Debiéndose recordar que el derecho de patria potestad se conserva intacto para ambos padres, la patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que los padres poseen sobre sus hijos, sea que vivan o no permanente con ellos, o si solo uno de ellos conserva la tenencia.

Es en esta razón que el derecho ha procurado crear la figura jurídica suficiente, para que los padres puedan mantener contacto con sus hijos luego de la separación del grupo familiar, el derecho de visitas, es el establecimiento de un régimen en el cual el padre que no posee la tenencia puede mantener contacto con su hijo y ejercer sobre él sus derechos y obligaciones de patria potestad, en una breve síntesis se puede decir que el derecho de visitas facilita el contacto entre padres e hijos, así como también la protección de los padres sobre sus hijos traducida en derechos.

A pesar de que el derecho ha buscado proteger a los menores de edad otorgándoles el derecho de visitas a sus padres, este objeto no siempre es perfecto, debido a que no todos los padres pueden ser considerados buenos. Por el contrario, existen padres que utilizan el régimen de visitas como un mecanismo de violentar a sus hijos, razón por la cual el régimen no debe ser concedido.

Aunque el derecho de visitas es un derecho de los padres sobre sus hijos, existen casos en los que no debe ser concedido por cuanto es perjudicial para los menores, en términos sencillos porque tal situación desconfigura el principio del interés superior del niño, que es un principio benefactor de los derechos de los menores de edad, así como de las políticas públicas.

Entonces, el problema de la presente investigación se sitúa en determinar en qué medida la suspensión del régimen de visitas incide jurídicamente el principio del interés superior del niño.

Debe recordarse, que la presente investigación tiene por finalidad descubrir sobre qué tipo de argumentos se hace insostenible la fijación de un régimen de visitas entre los padres y sus hijos, así como también es uno de sus objetivos conocer en qué casos esta medida salvaguarda el principio del interés superior de los menores de edad, protegiéndoles de abusos.

1.2 Formulación del problema.

¿Cómo la suspensión del régimen de visitas incide jurídicamente frente al principio del interés superior del niño, en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba durante el año 2015?

1.3. Objetivos.

1.3.1. Objetivo general.

Determinar cómo la suspensión del régimen de visitas incide jurídicamente frente al principio del interés superior del niño, en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba durante el año 2015.

1.3.2. Objetivos específicos.

- a) Realizar un estudio crítico y jurídico del régimen de visitas a menores.
- b) Demostrar mediante un análisis crítico, jurídico y doctrinario el beneficio de la suspensión del régimen de visitas.
- c) Determinar si la suspensión de visitas incide frente al interés superior del niño.

1.4. Justificación e importancia del problema.

Generalmente se entiende al derecho de menores como un tema de suma importancia, por lo cual cabe hacer hincapié que es un grupo de atención prioritaria, ya que para el desarrollo de la humanidad y por su edad no pueden efectuar reclamos para proteger sus derechos, sino por intermedio de su representante legal.

Es en esta razón que se deduce la importancia del tema de investigación. En primer lugar tratar el derecho de un grupo de atención prioritaria. En segundo lugar el estudio de un principio constitucional del interés superior del niño. En tercer lugar conocer una figura jurídica importante como es el derecho de visitas.

Finalmente se puede argumentar que revisados varios textos bibliográficos, se ha constatado que no existen temas de investigación similares, aunque vale indicar que si existen libros que tratan de forma general el derecho de menores.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación.

Al haberse realizado estudios bibliográficos y documentales en la biblioteca de la Universidad Nacional de Chimborazo, se puede constatar que no existen tesis con que tengan similitud al trabajo de investigación que se encuentra en ejecución.

2.2. Fundamentación Filosófica.

Dentro del desarrollo de las familias la situación de los menores de edad cambia cuando la familia se separa y los menores deben tomar la dolorosa decisión de vivir con uno solo de sus padres, quién ostentará la tenencia de su hijo, que no es otra cosa que la protección y cuidado diario del mismo. Teniendo claro que el derecho de patria potestad se conserva intacto para ambos padres, la patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que los padres poseen sobre sus hijos, sea que vivan o no permanente con ellos, o si solo uno de ellos conserva la tenencia.

Es en esta razón que el derecho ha procurado crear la figura jurídica suficiente, para que los padres puedan mantener contacto con sus hijos luego de la separación del grupo familiar, el derecho de visitas, es el establecimiento de un régimen en el cual el padre que no posee la tenencia puede mantener contacto con su hijo y ejercer sobre él sus derechos y obligaciones de patria potestad, en una breve síntesis se puede decir que el derecho de visitas facilita el contacto entre padres e hijos, así como también la protección de los padres sobre sus hijos traducida en derechos.

A pesar de que el derecho ha buscado proteger a los menores de edad otorgándoles el derecho de visitas a sus padres, este objeto no siempre es perfecto, debido a que no todos los padres pueden ser considerados buenos. Por el contrario, existen padres

que utilizan el régimen de visitas como un mecanismo de violentar a sus hijos, razón por la cual el régimen no debe ser concedido.

2.3. Fundamentación teórica.

La presente investigación se concentrará en los siguientes contenidos:

UNIDAD I

DERECHO DE VISITAS

1.1 Derecho de visitas.

Para poder comprender el objeto mismo de la investigación, debe revisarse el concepto del derecho de visitas y los muchos incidentes que pueden producirse dentro del régimen, alternando o de hecho suspendido dicho régimen.

De esta forma se pasa a revisar el derecho de visitas y las causas que pueden suspenderlo.

2.1.1 Concepto del derecho de visitas.

Antes de pasar a la materia es necesario precisar el concepto del derecho de visitas, apuntando desde ya que consultados que fueron varios tratadistas, el denominativo correcto de la institución es derecho a la adecuada comunicación del menor con sus familiares. No obstante, se citarán algunos escritores para finalmente emitir un criterio propio sobre el tema.

Elías Gustavino: “El derecho a visitar y ser visitado incluye más que el de verse y tratarse personalmente determinados sujetos en forma regular. Implica la comunicación fluida entre ellos que se da compartiendo momentos, dentro o fuera del lugar de residencia del visitado, la correspondencia y contactos telefónicos.” (GUSTAVINO, Elías, Régimen de visitas en el derecho de familia, JA, 1976, tomo I, p. 654)

Gustavino califica al derecho de visitas, como uno que implica “la comunicación fluida, incluyéndose para este efecto, las visitas personales, así como cualquier clase de comunicación como telefónica, debe argumentarse que el concepto de Elías Gustavino es al menos incompleto, ya que omite a los sujetos que poseen derecho sobre el régimen de visitas, así como el objeto mismo de la figura jurídica, que sería en todo caso beneficiar al grupo familiar.

Cebrián: “Derecho que se atribuye al progenitor no custodio en los procesos matrimoniales (divorcio, separación, y guarda y custodia de hijos menores no matrimoniales), que consiste en fijar judicialmente (ya sea en el convenio del proceso de mutuo acuerdo, o Sentencia en el contencioso), días y horas en los que el progenitor no custodio podrá disfrutar del cuidado y compañía de los hijos comunes. Se pueden distinguir días inter-semanales, fines de semana, periodos de vacaciones como: Semana Santa, Navidad, verano, festividades, cumpleaños. etc. Es importantísimo que exista flexibilidad y comunicación entre los progenitores en la distribución de los periodos de visita, y ello depende en gran medida de qué tipo de procedimiento hayan seguido los cónyuges, teniendo menor cooperación en los divorcios contenciosos, y mayor cooperación y entendimiento en los procedimientos de divorcio de mutuo acuerdo, que incentivamos desde nuestro despacho, para todos los casos en los que el divorcio sea necesario, ya que los más perjudicados e indefensos suelen ser los hijos menores o incapacitados.” (CEBRIÁN, Asociados. Editorial, Grupo S.L Divorcieitor. RPM: Madrid. 2014. Pág. 42)

Por su parte Cebrián, acota varios elementos importantes al concepto del derecho de visitas, así por ejemplo, indica que parte del divorcio de los padres, y se realiza para garantizar al hijo menor de edad, así como también indica que se otorga al padre que no posee la tenencia, e indica desde ya que existen varias clases de visitas, como sería la restringida o la abierta, que depende del acuerdo que lleguen los padres. Hay que apuntar que la descripción de Cebrián posee un buen contenido, pues ha tratado de describir los muchos eventos que posee el derecho.

Emitiendo un concepto propio se puede indicar que el derecho de visitas es uno que salvaguarda los derechos de la familia, tanto de los progenitores como de los hijos menores de edad, pues si el núcleo familiar se ha fragmentado, subsiste la necesidad de establecer quién de los padres tendrá la tenencia de los hijos menores, así como también un adecuado régimen de visitas, para aquel progenitor que no la tiene, el derecho de visitas viabilizará la comunicación entre los padres y los hijos menores de edad.

2.1.2 Origen del régimen de visitas.

Resulta bastante evidente que el derecho de visitas tiene su origen en la separación de los padres, sea que estos estaban casados y se divorciaron o en caso de las uniones de hecho la disuelven o en el caso de que convivan en unión libre y decidan simplemente separarse. Ante tal realidad, que es de un uso común en la actualidad, el derecho ha debido normar la situación de los hijos menores de edad, así lo primero que debe determinarse es quien de los padres se hará cargo del cuidado diario de los hijos menores de edad, ostentando la tenencia, determinado este primer aspecto es necesario que se fije un horario de visitas al otro padre para que pueda comunicarse con su hijo menor de edad.

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

La norma es clara en el origen del derecho de visitas, y el proceso que debe seguirse para poder establecerlo, debiéndose en primer lugar determinar la tenencia, que sucede a la separación de los progenitores.

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

pocos los que la adoptan.” (SÁNCHEZ DEL RÍO, Il del fonso. Colegio Oficial de Psicólogos del Principado de Asturias. Edit. BlogPirr, p. 162).

2.1.3 El derecho de visitas en la Constitución.

Sección Quinta, Niñas Niños y Adolescentes, Constitución de la República del Ecuador, Art. 44: “Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como un proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.”

Puede apreciarse de la norma constitucional anteriormente citada que el derecho de visitas es un derecho constitucional del menor de edad, no obstante, los términos que se utilizan son: “...desarrollo integral...en un entorno familiar...”, que en principio es exactamente lo mismo que el derecho de visitas, tal como se explicó en líneas anteriores.

Ahora bien, debe aclararse que según la norma constitucional el derecho de visitas es un derecho de los menores de edad, lo cual no es del todo cierto, ya que si bien cualquier derecho se basa en la protección a los más vulnerable, no es menos cierto que el derecho de visitas también garantiza el derecho de los padres, es por esto que la investigación plantea que el derecho de visitas es un derecho de familia.

El artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador, indica: “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.”

La norma citada trata el derecho de los menores de edad a tener una familia, lo cual implica que puedan disfrutar de ella, consecuentemente el derecho de visitas está contenido en dos artículos de la Constitución, adicionalmente la norma redundante en el tema indicando que los hijos menores de edad tienen derecho a recibir información de sus padres e incluso familiares ausentes.

2.1.4 El derecho de visitas en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.

Se debe anticipar que la normativa que rige la figura jurídica del derecho de visitas no es amplia, ya que solo lo trata el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en apenas 4 artículos, no obstante se los citará y se los comentará individualmente.

Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, artículo 122: “Obligatoriedad.- En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija. Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, 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. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intrafamiliar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión.”

El artículo 122 inicia explicando, que el derecho de visitas nace como un derecho del padre que no posee la tenencia, lo cual es coherente, ya que el padre que posee la tenencia posee contacto diario con el hijo menor de edad, en tanto el otro padre, necesita tener un horario en el cual pueda visitar a su hijo menor de edad. Sin embargo, ese especifica que en los casos de violencia intrafamiliar, el Juez no concederá el régimen.

Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, artículo 123: “Forma de regular el régimen de visitas.- Para la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez

aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo. CNA 106 NUM 1, I 2; 122 I 1 Si no existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo la hija, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta: 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.”

La norma señala que la forma de regular el derecho de visitas inicia con el acuerdo entre los progenitores, debido a que el administrador de justicia confía en que los padres tomarán la mejor decisión para sus hijos. De no existir acuerdo entre los padres el administrador de justicia procederá en función de la forma como el visitador haya cumplido con sus obligaciones paternales y en todo caso se atenderá a los informes del equipo técnico del juzgado, en donde se destacará la situación, social, psicológica y económica del progenitor.

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

Un beneficio que prevé el artículo 124, es que las visitas pueden ser otorgadas a los demás familiares del menor e incluso a terceras personas, siempre que se demuestre beneficio para el menor de edad.

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

Para finalizar la normativa concerniente al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, se indica en el artículo 125, que en caso de que uno de los padres obstaculice el derecho de visitas del otro, reteniendo injustificadamente al hijo, se tomara medidas judiciales, tales como indemnizaciones, allanamiento de inmuebles, a fin de lograr su recuperación.

2.1.5 Clases de visitas.

A pesar de que el derecho de visitas es uno solo, debe advertirse que existe una clasificación en la doctrina que obedece a la práctica, en tal forma se estudiará la clasificación de la siguiente forma: horario restringido y ampliado; y, visitas provisorias y definitivas.

2.1.5.1 Horario restringido.

El horario restringido implica que el padre visitador, no puede comunicarse con el hijo menor de edad en cualquier momento que desee, sino que debe ajustarse a un horario establecido por el administrador de justicia. Puede agregarse que esta medida debe ser tomada por la falta de entendimiento de las parejas que buscan en los hijos, instrumentos para agredir a su ex pareja, lo cual es algo bastante despreciable.

Aguilar: “Régimen de visitas con días y horas fijos.- Se entiende como un vínculo blindado, pero la no mención de "amplio", no significa que no se pueda acceder a los hijos fuera de esa banda horaria, ya sea por negociación, o por espontaneidad, como ser ir a verlos a la Escuela, al club, o en la calle, o bien en el mismo

domicilio.” (AGUILAR, Saldivar Ahida. Artículo Tenencia Compartida, Revista JUS Doctrina y Práctica, 1985 Pág. 169-170)

Fleitas Ortiz de Rosas realiza un razonamiento al respecto: “En el caso de niños muy pequeños que han pasado largo tiempo sin ver a uno de sus progenitores se requiere que, en una primera etapa, se establezca un régimen de visitas breves pero frecuentes a fin de restablecer el vínculo paterno-filial.” (FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, Abel, Derecho de familia, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 169)

2.1.5.2 Horario ampliado.

En breve síntesis el horario ampliado significa que el padre visitador puede mantener comunicación con el hijo menor en el momento en que así lo desee, esto ante el acuerdo de ambos padres, quienes como personas racionales buscan que sus hijos en común puedan disfrutar de una vida familiar adecuada.

Aguilar: “Régimen amplio de visitas.- Significa que no hay días, ni horas limitante para el mismo, surge espontáneamente, mediante un dialogo entre las partes, es decir en una colaboración entre los Progenitores. Acuerdos que pueden tener algunas dificultades pero que son posibles alcanzar. Sirve para los casos en los cuales existe la voluntad de cumplimiento y de acordar desde la mirada de la necesidad de los hijos y no de los mayores, en donde pueden dialogar y no hay sometimiento a los caprichos de una de las partes.” (AGUILAR, SaldivarAhida. Artículo Tenencia Compartida, Revista JUS Doctrina y Práctica, 1985 Pág. 169-170)

2.1.5.3 Visitas provisionales.

Las visitas provisionales se dictan siempre de forma temporal ante una acción judicial, el administrador de justicia dicta la medida para impedir que el padre no custodio quede impedido de visitar a su hijo menor de edad, lo cual ocasionaría que el menor de edad sufra, ante tal situación.

Fleitas Ortiz de Rosas: “El régimen de visitas provisorio se establece con el carácter de medida cautelar específica destinada a la no interrupción del contacto paterno-filial durante la tramitación del juicio y en consecuencia, su establecimiento está sujeto a menores requisitos que los que conducen a la fijación de aquel denominado definitivo.” (FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, Abel, Derecho de familia, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 169)

2.1.5.4 Visitas definitivas.

Las visitas definitivas es el establecimiento definitivo del derecho de visitas, el administrador de justicia luego de haber evacuado las pruebas necesarias dictamina un horario definitivo entre comillas, ya que en el derecho de menores toda decisión judicial puede modificarse atendiendo a las circunstancias. No obstante, en principio las visitas definitivas son un resolución permanente, con la que las partes habrán de manejarse en adelante.

Fleitas Ortiz de Rosas: “Ya hemos dicho en reiteradas oportunidades que en los temas referidos a tenencia de menores, régimen de visitas y a los mismos alimentos, la decisión judicial es revisible tantas veces como se modifiquen las circunstancias de hecho que hayan conducido a su fijación.” (FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, Abel, Derecho de familia, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 169)

2.1.6 Jurisprudencia.

JUEZA PONENTE DRA. ROCIO SALGADO CARPIO CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.- Quito, 09 de octubre de 2012.- Las 11h00.- VISTOS: 1. COMPETENCIA: En virtud de que la Jueza y Jueces Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución de 30 de enero de 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada, y conforme el acta de sorteo que obra del expediente de casación somos competentes y avocamos conocimiento de esta causa, conforme el Art. 184.1 de la Constitución de la República, Art. 189 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 1 de la Ley de Casación. 2. ANTECEDENTES: Conoce la Sala este proceso en mérito del recurso de casación que oportunamente interpone la Ab. María Fernanda Toral Cisneros en su calidad de apoderada especial de Marco Haltiner contra el auto resolutorio pronunciado por la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 22 de diciembre de 2011, a las 14h37, mismo que confirma el fallo de primera instancia dictado por la Jueza Temporal del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del Azuay, el 7 de noviembre de 2011, las 08H10, que niega la petición de restitución internacional del niño MARCO ELIAN HALTINER propuesto por la Socióloga Sara Oviedo, Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, por petición de Marco Haltiner en calidad de padre del mencionado niño. El recurrente sostiene que en la sentencia impugnada existe falta de aplicación de las normas legales contenidas en los Arts. 11, numerales 2 y 3; 76 numeral 7 literal k); y, 425 de la Constitución de la República, que en su orden se refieren a: “Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (...).” 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.- Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos

que no estén establecidos en la Constitución o la ley. (...); Art. 76. Ibídem “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: k. Ser juzgado por una juez o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.”; Art. 425 ibídem. “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.- En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.- La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”. Sostiene que: “Los señores Jueces de segunda instancia, manifiestan que es deber primordial del Estado: ‘garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales’ a todos sus habitantes; sin embargo, la Constitución del Ecuador, dispone en su Art. 11 numeral 2 que ‘Todas las personas somos iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades’. Habla de todas las personas, independientemente de que sean ecuatorianos o extranjeros; y por tanto: al fallar como lo han hecho no están aplicando este principio fundamental; ya que están tratando al Sr. Marco Haltiner, como un ‘extranjero’ al cual no le asisten los mismos derechos, por tal situación; y le están privando de su legítimo derecho a requerir la restitución del menor; porque supuestamente la custodia de su hijo, es ‘compartida’ y que esto significa que la madre, a su solo arbitrio, por tal situación, puede elegir el lugar de residencia del menor”. Al respecto, este Tribunal observa que: a) El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, en su calidad de organismo designado como Autoridad Central del Ecuador para cumplir con las obligaciones

impuestas por la “Convención de la Haya de 25 de octubre de 1980, relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, atendiendo la petición de restitución internacional del niño Marco Elian Haltiner de nacionalidad suiza y ecuatoriana, nacido en Suiza el 1 de diciembre de 2005, presentada por su padre el señor Marco Haltiner, solicitó, ante el juez competente, conocer y resolver dicha pretensión; b) La demanda ha sido conocida y resuelta en primera instancia, por la Jueza Temporal Primera de la Niñez y Adolescencia del Azuay, quien mediante auto de 7 de noviembre de 2011, negó la restitución internacional del referido niño; y, c) Apelada que fue la mencionada resolución por la Abogada María Fernanda Toral Cisneros, apoderada especial del accionante, el proceso pasó a conocimiento de la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que con providencia de 22 de diciembre de 2011, confirma el auto resolutorio subido en grado. De lo dicho se infiere que el legítimo derecho que le asiste al señor Marco Haltiner de solicitar la restitución internacional de su hijo Marco Elian Haltiner, no solo fue ejercido, sino que también fue atendido por el órgano administrador de justicia ecuatoriano, que de ningún modo estaba obligado a favorecer sus pretensiones, sino que, muy por el contrario, fue de su deber administrar justicia con rectitud, aplicando a cada caso la normatividad pertinente en procura de precautelar los derechos que se ven afectados. Así, siendo que en la especie, el requerimiento del actor tiene de por medio a su hijo menor de edad, el papel del juez se remite única y esencialmente a garantizar el interés superior de ese niño, previsto por la Constitución de la República en el Art. 44, y desarrollado por el Código de la Niñez y Adolescencia, en el Art. 11, partiendo de la premisa que dicho interés es uno de los principios fundamentales en cuanto se refiere a los derechos de este grupo de la población, el mismo que fue consagrado “inter alia” en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, Tratado Internacional que presenta la mayor ratificación en el mundo, excluyéndose de ella únicamente Estados Unidos de América y Somalia, lo que pone de manifiesto su fuerza obligatoria. El interés superior del niño si bien no ha sido definido por los convenios internacionales que lo consagran, se lo conceptualiza como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del

menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar.” (Artículo publicado por BAEZA CONCHA, Gloria, “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, No. 2, p. 356); y, se caracteriza.

Análisis.

El recurrente basa este cargo en el numeral 4 del Art. 5 de la Ley de Casación, que prevé los casos de “Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis.”, quedan lugar a casar la sentencia, por el vicio de disonancia o incongruencia en el que ha incurrido el Juez de segundo nivel al resolver el asunto controvertido. La concurrencia de la causal cuarta se advierte al comparar la parte resolutive del fallo con la o las pretensiones de la demanda y/o reconvencción y con las excepciones deducidas, dicha causal se configura de tres maneras:

- a) Cuando el juez otorga más de lo pedido (plus o ultrapetita);
- b) Cuando el juez otorga algo distinto a lo pedido (extrapetita); y,
- c) Cuando el juez deja de resolver sobre algo de lo pedido (citrapetita),

Por tanto consiste en “Los excesos o defectos de poder del juez en el ejercicio de la jurisdicción”(R.O. No. 33 de 25 de septiembre de 1996, Pág. 6).En la especie, el recurrente denuncia el vicio de ultra petita y fundamenta su alegación manifestando que: “En la sentencia de primera instancia, ratificada íntegramente por los Jueces de segunda instancia, se resuelve, que el padre del menor debe seguir en contacto con el mismo, por el medio tecnológico SKYPE; cuando no se ha requerido en la demanda planteada, ni cabe en mérito del Convenio tantas veces aludido; ya que esto sería determinar la custodia a favor de la madre y un ‘régimen’ de visitas, vía internet, con el padre; ninguna de estas dos circunstancias fueron materia de la litis;

ni podían ser resueltas por los Jueces, porque no se había seguido el trámite correspondiente; lo único que se debía resolver era la Restitución del Menor, para que sus jueces naturales, decidan sobre dichos aspectos.”

Con acierto, el recurrente menciona que en procesos como el que nos ocupa, en los que se reclama la restitución internacional de un menor, no cabe que el juzgador se pronuncie respecto de asuntos atinentes a la custodia o régimen de visitas, así se infiere de las disposiciones contenidas en los Arts. 19 y 21 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

UNIDAD II

PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

2.2 Principio del interés superior del niño.

A continuación se tratará el principio del interés superior como variable dependiente de la investigación

2.2.1 Concepto.

Dutto: "...sería más ajustado hacer mención al "mejor interés del niño", tal como lo han señalado Roggiano y Zaldarriaga, pues no siempre el superior interés de un niño puede ser el mejor..." (DUTTO, El mejor interés del niño, la Constitución Nacional y la jurisprudencia, Zeus, N° 5530, 1996)

Daniel Hugo D'Antonio: "Es de apreciar la similitud que existe entre los vocablos utilizados, en tanto "preeminencia" implica superioridad, "mejor" importa un comparativo de bien, denotado idea de preferencia." (D'ANTONIO, Daniel Hugo, Convención Sobre los Derechos del Niño, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p.44)

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

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales."

Código de la Niñez y la Adolescencia, artículo 11: "El interés superior del niño.- 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.

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

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.”

Dentro de un concepto propio se puede indicar que el principio del interés superior del niño es: Un rector guía que indica que en caso de conflicto de intereses, siempre prima el interés del menor por encima de cualquier otro que intente cotejarse, lo cual debe aplicarse dentro de derecho en las sentencias de los jueces, así como en las políticas públicas tomadas por parte del Estado para normar el desarrollo social.

2.2.2 Breve reseña histórica.

Han sido muchos los antecedentes que fundamentaron la aparición del principio del interés superior del niño en la escena del mundo, no obstante uno de ellos tal vez el más dañino es el que apareció de los conflictos armados, dejando a los niños en condiciones críticas de orfandad, hambre y una situación precaria. Luego de conocer y entender estos problemas la Convención de los derechos del niño acordó crear un principio que proteja los derechos del menor en situación de vulnerabilidad, encontrándose este en su Artículo 3 inciso 1. (convencion de los derechos del niño, 2008)

Producto de las guerras los Estados Europeos inician una investigación para determinar la vulneración de los Derechos de los menores y proponer una solución a los mismos esta preocupación se traslada América y posteriormente al mundo entero, la misión entonces estaba encaminada a garantizar los Derechos de los menores, especialmente cuando se encuentran en situación vulnerable.

En 1920 el estudio de los Estados se ve traducido en convenios internacionales, que obligan a los estados parte a comprometerse en velar por los derechos de los menores

El Centro de Estudios Constitucionales de Chile, de la Universidad de Talca, elaboró el siguiente recuento del tema “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, a través de la dirección de Gonzalo Aguilar Cavallo. (cavallo, gonzalo aguilar)

“En 1959, ante la necesidad de una más directa protección de los derechos de los niños en el mundo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño. Sin embargo, dada la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional, coercitivo y vinculante para los Estados partes y ya no tan sólo con una Declaración, nace la Convención sobre los Derechos del Niño, (convencion de los derechos del niño) adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, cuya entrada en vigor se produjo tan sólo 9 meses después a su adopción, el 2 de septiembre de 1990. La CDN es el tratado internacional que presenta la mayor cantidad de ratificaciones en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación uniforme de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños contenidos en dicha Convención.”

El principio se en 1959 en la Declaración de los Derechos del Niño: Principio 2: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Era fácil entrever que una declaración era insuficiente para constituir el principio del interés superior del niño, ya que la declaración es simplemente una manifestación de grupos a nivel internacional y no posee carácter vinculante para los estados, sobre tal razonamiento los Estados se unieron para crear una convención vinculante y obligatoria en defensa del derecho de los menores y más puntualmente en la creación del principio del interés superior del niño. Es en este sentido que se crea la Convención sobre los derechos del niño, creándose al mismo tiempo el principio del Interés superior del niño dentro del Artículo 3: “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.”; como una observación a este respecto, debe agregarse el razonamiento de Gloria Baeza Concha: “En este contexto, evidentemente, debemos reconocer la existencia del principio del interés superior del niño no sólo a partir de la vigencia de la CDN, sino con anterioridad, lo cual justifica su carácter de norma consuetudinaria, puesto que es connatural a la esencia de la naturaleza humana.” (BAEZA CONCHA, Gloria (2001): “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en Revista Chilena de Derecho, Vol.28, núm.2, p.359.)

2.2.3 Características.

Rector-guía.- implica que en caso de controversia o de falta de ley que norme la forma como se debe resolver un conflicto judicial, siempre habrá de primar el interés superior del niño, escogiéndose lo más favorable al menor o en su defecto no menos dañino para sus derechos.

Parker: el “interés superior del niño” puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley. “Los decisorios judiciales deben suplir los vacíos legales, porque, tratándose de una

cuestión civil, no se admite que los jueces dejen "...de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes" (art.15 CC); aplicándose "...el espíritu de la ley..." en aquellos casos en que su texto no resulte suficiente..." (STILERMAN Marta, Menores Tenencia. Régimen de Visitas, Editorial Universidad Aires, Buenos Aires, 2002, Pág.95)

In dubio pro homine.- Debiéndose entender que el principio del Interés superior del niño es un derecho humano propio de los menores: "...la luz del criterio pro homine, que informa todo el derecho de los derechos humanos, debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de conocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria." (PINTO, Mónica, Temas de derechos humanos, Editores del Puerto, Argentina, 1997, pág.81)

Interpretativo.- Siempre que se intente utilizar una norma del Código de la Niñez y Adolescencia se debe considerar que está orientada a precautelar el interés superior del niño y por esto se debe interpretar en dicho sentido.

Es prioridad de las políticas públicas: La formulación de la C.D.N. proyecta al interés superior del niño hacia las políticas públicas, en su Art.3, N° 1: "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." Se puede argumentar que fundar el interés superior del niño en el trato social, debe ser una política de la autoridad pública, esto sobre la base del desarrollo teórico de Luigi Ferrajoli: "...es una obligación de la autoridad pública, asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales." (FERRAJOLI, Luigi, El fundamentos de los derechos fundamentales, Ed. Trotta, España, 2001, p.45.)

Reviste especial gravedad en caso de violación: Al igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte de la Haya ha estipulado que

cuando los derechos humanos son vulnerados y estos recaen en un grupo de menores de edad es necesario imponer una sanción más fuerte por cuanto la violación de estos derechos se entiende como grave

2.2.4 Objeto.

El objeto del interés superior del niño no se puede limitar a dar una solución de los problemas que aparecieron cuando fue creada, las guerras y muy puntualmente la Segunda guerra mundial causaron daños a los menores de edad, sin embargo, estos problemas fueron superados en su época. El finalismo del interés superior del niño radica en la protección integral de sus derechos sin importar el tiempo o el espacio en que se hallan.

El objeto entonces es precautelar el derecho de los menores, principalmente cuando estos derechos se vean agredidos, vulnerados o simplemente confrontados con los derechos de otras personas.

Weinberg: “Esta particularidad obliga a los órganos de aplicación de la Convención, ya sea la administración o el Poder Judicial, a asumir la importantísima tarea de “descubrir” qué curso de acción llevará la defensa del interés superior del niño en cada caso particular. Lo que la Convención establece es, precisamente, que resultará obligatorio para esos agentes la búsqueda que lleve a ese “descubrimiento” de qué es lo que mejor resguarda el interés superior del niño.” (WEINBERG, Inés, Convención Sobre los Derechos del Niño, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p.101)

2.2.5 Efecto.

Freedman: “El interés superior del niño en la medida que implica el deber de proteger y privilegiar los derechos de los niños conlleva una diversidad de opiniones

en la doctrina acerca de si este deber de protección es absoluto, esto es, prevalece sobre todos los demás derechos o es relativo, ya que la propia Convención establece que hay ciertos derechos de los niños que ceden frente a determinados intereses colectivos y a derechos individuales de terceros.” (FREEDMAN, Diego: “Funciones normativas del interés superior del niño”, en *Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global*

<http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm> [visitada el 20 de octubre de 2007].)

Como bien indica la tratadista el efecto del principio del interés superior del niño no puede limitarse al derecho privado, como sería el caso de un juicio de tenencia en donde se debería tomar la decisión que más beneficie al menor y su cuidado, sino que el efecto debe extenderse a la órbita pública, por lo que el Estado está en la obligación de crear políticas que coadyuven al desarrollo de los menores. En síntesis el efecto del principio es total.

Sobre la base de lo indicado anteriormente existe una necesidad de elevar la categoría jurídica del interés superior del niño, esto quiere decir que no puede existir un derecho que intente cotejarsele la idea del estándar jurídico es que la decisión que se tome sobre un menor sea la más benéfica en relación a la situación en la que vive.

D’Antonio hace referencia a Spota quien desarrolló con precisión la idea del estándar jurídico: “Entre la regla de derecho (límite “heteronómico”) de porta la decisión judicial media un camino a seguir que ha de recorrerse en base de las valoraciones que, a través de ese precepto jurídico, han de ser aquilatadas. Entre dicha regla y el poder discrecional o el arbitrio median estándares y directivas que implican un límite “autonómico” de esa voluntad.” (SPOTA, *Tratado de Derecho Civil, T.I, Vol.1, p.335*)

“Es precisamente para obtener la armoniosa integración entre ambas parcelas de lo jurídico que aparecen los “estándares” entre los que encontramos el “interés superior del niño” como límite autonómico de la voluntad decisoria, con caracteres

cambiantes, flexible, evolutivo y ceñido a las contingencias particulares. Cabe apreciar que dicho límite autonómico no se refiere sólo al órgano judicial, sino que abarca, conforme al contenido del art.3º.1 de la Convención sobre los derechos del Niño, a las instituciones públicas o privadas de bienestar social, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.” (D’ANTONIO, Daniel Hugo, Convención Sobre los Derechos del Niño, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p.47)

2.2.6 Límite.

En teoría al ser el principio del interés superior del niño un rector que obliga a particulares y al Estado a someterse a los derechos de los niños, no deberían existir limitaciones para su aplicación. No obstante en el nivel práctico si se registran algunas limitaciones de orden social, económico y judicial.

Vaguedad de la norma, se puede indicar que la Constitución de la República del Ecuador y el Código de la Niñez y Adolescencia refieren de un modo amplio al principio, esto de réplica en la convención sobre los derechos del niño.

Cillero Bruñol: “Las normas de la Convención que hacen referencia al interés superior del niño han sido cuestionadas por su vaguedad, lo cual permitiría el ejercicio discrecional del poder estatal. En este sentido, se ha considerado que es "una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico...Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en “el interés superior” se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitan la tutela efectiva de los

derechos que la propia Convención consagra". (CILLERO BRUÑOL, Miguel, El interés superior del niño..., García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), Infancia, ley y democracia..., p.70.)

Otra situación que determina la vaguedad del principio es la confrontación de los derechos de los padres contra los derechos del menor, debido a que en los conflictos del Derecho de familia no siempre se aplica lo más favorable al menor como dicta el principio, sino que se busca el acuerdo entre la familia y muy puntualmente entre los padres para tomar una decisión judicial. La presente investigación esta consiente de este fenómeno y por esta razón se ha propuesto estudiar la tenencia del menor resuelta por sentencia con el simple acuerdo de los padres, lo que es un claro ejemplo de que en algunos procesos no se indaga para establecer que es lo más beneficio al menor, por lo contrario, se permite que los padres puedan ejercer u obligar por sus propios derechos la condición en la que ha de quedar el menor.

“En otro orden de ideas, podemos aseverar que todos los derechos que consagra la Convención pueden calificarse como “superiores, en tanto se trata de derechos reconocidos unánimemente por los ordenamientos jurídicos de una gran cantidad de países. Entonces, se observa la particular importancia que tiene el mencionado calificativo de “superior” que se adjudica al interés de los niños. A este respecto cabe cuestionarse si mereced a dicha calificación, el concepto debe ser interpretado como prevaleciente sobre los intereses de los adultos o no. Innumerables situaciones se presentan en las cuales las necesidades de los menores se contraponen o colisionan con el interés de sus responsables. Tanto así, que expresamente se establece en el inciso 2 del artículo 3: “...Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutore u otras personas responsables de él ante la ley...” (WEINBERG, Inés, Convención Sobre los Derechos del Niño, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 105)

Ante este posible, cabe reconocer una gran verdad, “Los derechos de los padres tienen carácter instrumental y están destinados a satisfacer los intereses y derechos intrínsecos de los niños o adolescentes.” (CAMPBELL, Tom, The Rights of the

Minor: as a Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult, International Journal of Law and the Family, N° 6, 1992, p.1-23)

Ambiente Socio – Cultural, Grosman: “En muchas culturas se piensa que no lesiona el interés del niño la aplicación de costumbres que implican verdaderas mutilaciones y atentados a la integridad personal del niño. En Egipto las niñas, cuando llegan a la edad de 10 años, sufren la ablación del clítoris. Una joven egipcia relata esta experiencia: "...tenía que tragarme el dolor y las lágrimas para no preocupar a mis padres que eran gente muy humilde y creían que estaban haciéndome un bien...Se trata de ritos de identificación por género basados en la idea de que el placer sexual sólo es patrimonio de los hombres, mientras que para la mujer las relaciones sexuales deben tener como única finalidad la maternidad.” (GROSMAN, Cecilia, Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, p.27

El ambiente socio cultural puede vulnerar el principio del interés superior del niño, las costumbres y tradiciones que se practican en un estado no siempre son las mejores, especialmente si se tiene en cuenta que en los países de tercer mundo existen múltiples problemas sociales como el trabajo infantil y esto se constituye como un problema en la aplicación del principio del interés superior del niño.

UNIDAD III

EFFECTOS QUE PRODUCE LA SUSPENSION DEL REGIMEN DE VISITAS FRENTE AL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

2.1.3 Efectos que produce la suspensión del régimen de visitas frente al principio del interés superior del niño.

A modo de conclusión se puede enumerar que la suspensión del régimen de visitas, produce algunos efectos, con la finalidad de salvaguardar el principio del interés superior del niño.

2.1.3.1 Separación del menor del padre que realiza la visita, para precautelar su integridad.

El Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, indica en su artículo 122: “Obligatoriedad.- En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las

visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija. Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, 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. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intrafamiliar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión.”

La norma citada es clara al determinar que el Juez tiene la obligación de fijar un régimen de visitas, en las veces que se otorgue la tenencia a uno de los padres, con el objeto de que el otro padre pueda mantener contacto con su hijo menor de edad, favoreciendo de esta forma su desarrollo dentro de un entorno familiar.

No obstante, el Juez puede negar las visitas o incluso restringirlas, en las veces que se haya demostrado que estas han sido utilizadas para vulnerar los derechos de menor, debido a una agresión física o psicológica, que el progenitor ha producido sobre este último, poniendo en peligro la integridad del menor y contrariando el principio del interés superior del niño.

Ante este particular, se puede indicar que el motivo mismo de las visitas es el de precautelar el derecho de los menores, favoreciendo su desarrollo dentro de un entorno familiar, por lo tanto, el hecho de que un progenitor violento a su hijo menor de edad debe sancionarse, siendo la solución más evidente, el impedir que este progenitor pueda mantener visitas con su hijo para continuar violentándolo.

2.1.3.2 Establecimiento de visitas dirigidas, artículo 122 Código de la Niñez y Adolescencia.

Resulta bastante lógico que los padres que ejercen la patria potestad, pueden educar a sus hijos en sus propios términos, consecuentemente, las visitas deben de ser llevadas como a los padres visitantes les parezca, claro está precautelando la integridad del menor.

No obstante, el problema se presenta cuando los progenitores demuestran actos de agresión en contra de sus propios hijos, que demandan salvaguardar al menor de otras agresiones.

En el caso de que se haya demostrado, que el progenitor ha agredido a su hijo menor de edad, las visitas deben restringirse temporalmente dependiendo de la gravedad de la agresión. Sin embargo, debe existir de forma posterior a la agresión, un mecanismo que garantice las visitas y de esta forma la integridad del menor de edad, evitando que este sea el blanco de nuevas agresiones por parte de su progenitor.

Para estos casos el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, indica en su artículo 122: “Obligatoriedad.- En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija.

Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, 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. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intrafamiliar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión.”

Consecuentemente, las visitas pueden ser dirigidas, estableciéndose por parte del administrador de justicia que estas sean dirigidas en el hogar del padre que posee el derecho de tenencia, a fin de que el padre visitador pueda ser vigilado y así estos actos de violencia contra el menor no se produzcan.

2.1.3.3 Determinación de violencia sobre el menor, para suspender o privar la patria potestad del padre agresor.

Existe la posibilidad que las visitas sean el medio para que el padre agresor pueda vulnerar los derechos del menor, debido a que si el menor se encuentra bajo la

tenencia del otro padre, este puede cuidarlo, pero llevadas a cabo las visitas, el padre visitador posee el espacio necesario para agredir al menor.

En estos casos, puede suscitarse una de las causales para suspender o incluso privar la patria potestad del progenitor agresor sobre el menor.

Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, artículo 112: “Suspensión de la patria potestad.- La patria potestad se suspende mediante resolución judicial, por alguna de las siguientes causas:

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

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

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

Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, artículo 113: “Privación o pérdida judicial de la patria potestad.- La patria potestad se pierde por resolución judicial, por uno o ambos progenitores, en los siguientes casos:

- a) Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado, del hijo o hija;

- b) Abuso sexual del hijo o hija;
- c) Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija;
- d) Interdicción por causa de demencia;
- e) Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses;
- f) Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y,
- g) Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija.

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

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

2.1.3.4 Establecer medidas de protección para el menor de edad.

Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, artículo 94: “Medidas de protección.- En los casos de infracción a las disposiciones del presente título, los jueces y autoridades administrativas competentes podrán ordenar una o más de las siguientes medidas de protección a favor de los niños, niñas y adolescentes afectados, sin perjuicio de las demás contempladas en este Código:

- a) La orden de separar al niño, niña o adolescente de la actividad laboral;

- b) La inserción del niño, niña o adolescente y/o su familia, en un programa de protección; y,
- c) La separación temporal del medio familiar del niño, niña, adolescente o agresor, según sea el caso.

Se adoptarán las providencias necesarias para que la aplicación de estas medidas no afecte los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes; más allá de las restricciones inherentes a cada una de ellas; y para asegurar el sustento diario del niño, niña o adolescente, de una manera compatible con su derecho a una vida digna.”

Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, artículo 95: “Sanciones aplicables por violación a las disposiciones referentes al trabajo.- La violación de las prohibiciones contenidas en este título, será reprimida con una o más de las siguientes sanciones, sin perjuicio de las contempladas en otros cuerpos legales:

- a) Amonestación a los progenitores o a las personas encargadas del cuidado del niño, niña o adolescente; y a quienes los empleen o se beneficien directamente con su trabajo;
- b) Multa de cincuenta a trescientos dólares, si los infractores son los progenitores o responsables del cuidado del niño, niña o adolescente;
- c) Multa de doscientos a mil dólares, si se trata del empleador o cualquier persona que se beneficie directa o indirectamente del trabajo del niño, niña ó adolescente; y,
- d) Clausura del establecimiento donde se realiza el trabajo, en caso de reincidencia.”

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3. Hipótesis general.

¿De qué forma la suspensión del régimen de visitas incide jurídicamente frente al principio del interés superior del niño, en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba durante el año 2015?

3.1 Variables.

3.1.1 Variable Independiente.

La suspensión del régimen de visitas

3.1.2 Variable dependiente.

El principio del interés superior del niño

3.1.3 Operacionalización de las variables.

Variable independiente: La suspensión del régimen de visitas

Cuadro 1: Variable Independiente

VARIABLE INDEPENDIENTE	CONCEPTO	CATEGORÍA	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO
La suspensión del régimen de visitas	OMEBA: “... se ha juzgado procedente la suspensión de las visitas cuando los menores padecen de un estado psíquico cuyo aspecto más grave y aparente es la alteración que en ellos se produce a la vista de la madre o el padre...”	Derechos de menores	Derecho a la Integridad. Derecho al Desarrollo Infantil.	Encuesta Guía de Encuesta

Fuente: Operacionalización de las variables.

Elaborado por: Lorgia Catalina Tocalema Cunalata.

Variable Dependiente: Principio interés superior del niño.

Cuadro 1: Variable Dependiente

VARIABLE DEPENDIENTE	CONCEPTO	CATEGORÍA	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO
Principio interés superior del niño.	El Código de la Niñez y Adolescencia. “Toda decisión que tomen las autoridades administrativas y judiciales, instituciones públicas y entidades privada, debe está orientada a satisfacer los derechos de las niñas, niños y adolescentes.	Principio constitucional	Constitución Código de la Niñez y Adolescencia.	Encuesta Guía de Encuesta

Fuente: Operacionalización de las variables.

Elaborado por: Lorgia Catalina Tocalema Cunalata.

3.2 Definición de términos básicos.

FAMILIA.- “Por linaje o sangre, la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados.” (CABANELLAS 2006)

FILIACIÓN.- “Acción o efecto de filiar, de tomar los datos personales de un individuo. Esas mismas señas personales. I Subordinación o dependencia que personas o cosas guardan con relación a otras superiores o principales.” (CABANELLAS 2006)

LEGISLACIÓN.- “La ciencia de leyes/ Conjunto o cuerpo de leyes que integran el derecho positivo en un Estado.” (CABANELLAS 2008)

LEY.- “Regla de conducta obligatoria dictada por el Poder legislativo, o por el ejecutivo cuando lo sustituye o se arroga sus atribuciones.”(CABANELLAS 2006)

NIÑEZ.- “Edad o período de la vida humana que comprende desde el nacimiento hasta los siete años, época en que comienza el uso de razón.”(CABANELLAS 2006)

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR.- “Toda decisión que tomen las autoridades administrativas y judiciales, instituciones públicas y entidades privada, debe está orientada a satisfacer los derechos de las niñas, niños y adolescentes. El principio del interés superior del niño debe ser usado con responsabilidad por los

adultos para el cumplimiento de los derechos establecidos en el Código de la Niñez y Adolescencia.” (Código de la Niñez y Adolescencia artículo 11)

PROGENITORES.- “El padre o la madre. I Por extensión, cualquier otro ascendiente en línea recta.” (CABANELLAS 2006)

SENTENCIA.- “Dictamen, opinión, parecer propio, fallo en la cuestión principal del proceso, el más solemne de los mandatos de un juez de un juez o de un tribunal por oposición de un auto o providencia” (CABANELLAS 1998)

SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS: “ se ha juzgado procedente la suspensión de las visitas cuando los menores padecen de un estado psíquico cuyo aspecto más grave y aparente es la alteración que en ellos se produce a la vista de la madre o el padre o a la idea de tener que entrevistarlos... La suspensión provisoria de las visitas que producen la traumatización psíquica de la menor, se ha aceptado también hasta que se practique un examen médico de ésta por especialistas forenses en neuropsiquiatría infantil.” (ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, T. XXVI)

3.3 Enfoque de la Investigación.

Modalidad básica de la investigación.

El enfoque de la presente investigación es cualitativo y cuantitativo. Cualitativo porque en primer término interpreta, analiza la suspensión del régimen de visitas incide frente al derecho constitucional del interés superior del niño. Y cuantitativo porque se aplicara procesos estadísticos que permitan verificar la hipótesis planteada en relación a la figura jurídica.

3.4 Tipo de Investigación.

Documental bibliográfica.- La investigación se realizara apoyándose en fuentes bibliográfica, hemerográfica y archivística; la primera se basa en la consulta de libros de primera instancia y segunda, estrictamente pegados a la Ley, la segunda en artículos o ensayos de revistas y periódicos, y la tercera en documentos que se encuentran en los archivos, como cartas, oficios, circulares, expedientes y direcciones electrónicas.

De Campo.- Se investigó en el lugar de los hechos, es decir el contacto directo del investigador con la realidad de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, donde se aplicó la entrevista. Al mismo tiempo se contactó a 10 Abogados especialistas en Derecho de Menores, a quienes se aplicó las encuestas.

3.5 Métodos de investigación.

Inductivo.-

Porque analizaremos otros factores como por ejemplo la revisión casuística

Deductivo.-

Porque detallaremos toda la estructura determinada en la Constitución.

Analítico - Sintético.-

Porque este método hizo posible la comprensión de todo hecho, fenómeno, idea, caso.

Histórico – Lógico.-

Porque analicé científicamente los hechos, ideas del pasado comparándolo con hechos actuales.

Descriptivo- Sistémico.-

Porque fue una observación actual de los fenómenos y casos, procurando la interpretación racional.

Método Dialectico.-

Que permite la confirmación de ideas en base a una hipótesis.

Fenomenológico.-

Realiza el estudio de hechos como han sucedido sin tintes subjetivos ni prejuizgamientos.

Comparado.-

Identificar ordenamientos jurídicos de diferentes Estados; que puedan contribuir que puedan contribuir al entendimiento.

3.6 Población y muestra.

3.6.1 Población.

La población implicada en la presente investigación está constituida por los siguientes involucrados: 5 Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba y 10 Abogados expertos en derecho de menores.

Cuadro 2: Población.

Fuente: Población involucrada en el proceso investigativo

POBLACIÓN:	N.-
Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba	5
Abogados expertos en derecho de menores	10
Total	15

Elaborado por: Lorgia Catalina Tocalema Cunalata

3.6.2 Muestra.

La población y la muestra no tienen otro fin que ayudarnos a identificar las personas o los actores reales que serán parte de la investigación o los que aportarán con sus conocimientos en la elaboración de la misma, conocimientos que los encontraremos luego de determinar la cantidad de persona y cuáles van a ser los entrevistados o encuestados, para poder extraer sus conocimientos.

Como la población no es cuantiosa, no existe la necesidad de tomar una muestra, por cuanto la investigación de campo abarcará el universo.

3.7 Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos.

Las Entrevistas.

La entrevista se dirigirá a conocer la opinión de los 5 Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba.

Las Encuestas.

Las encuestas serán aplicadas a 10 Abogados que se especializan en derecho de menores.

3.8 Instrumentos.

Cuestionario de entrevistas.

Cuestionario de encuestas.

3.9 Técnicas de procedimiento, análisis y discusión de resultados.

Para el procesamiento, análisis y discusión de resultados se utilizarán técnicas estadísticas y lógicas.

La interpretación de los datos se lo realizará a través de la inducción, el análisis y la síntesis, para lo cual se tomará en cuenta la información recabada.

ENTREVISTA DIRIGIDA A: Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba.

1. A su entender, que derecho protege el régimen de visitas.

Juez 1: El derecho a una familia y a una convivencia familiar, el Estado y la sociedad debe adoptar medidas para su permanencia y se dé el derecho de visitas.

Juez 2: El derecho a una familia y a una convivencia familiar, el Estado y la sociedad debe adoptar medidas para su permanencia y se dé el derecho de visitas.

Juez 3: El derecho a una familia, el Estado promueve un desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes por lo que asegura sus derechos.

Juez 4: Protege el derecho de la familia porque los niños y adolescentes tienen derecho a un desarrollo integral

2. Considera que el derecho a las visitas, garantiza el derecho que posee el menor a la adecuada comunicación con sus familiares.

Juez 1: El derecho de visitas no garantiza una excelente comunicación con sus familiares, para que exista una convivencia debe haber una convivencia diaria.

Juez 2: El derecho de visitas no garantiza una excelente comunicación con sus familiares, para que exista una convivencia debe haber una convivencia diaria.

Juez 3: El menor no tiene una adecuada comunicación con sus familiares por el simple hecho del derecho de visitas

Juez 4: Considero que el derecho de visitas garantiza una comunicación con los familiares

3. ¿Qué es el principio del interés superior del niño?.

Juez 1: Este principio logra mantener un justo equilibrio entre sus derechos y deberes y sobre todo garantiza un desarrollo pleno entre niños, niñas y adolescentes.

Juez 2: Este principio logra mantener un justo equilibrio entre sus derechos y deberes y sobre todo garantiza un desarrollo pleno entre niños, niñas y adolescentes.

Juez 3: El principio mantiene un equilibrio entre los derechos y deberes de los niños.

Juez 4: Es un derecho que se oriente a los derechos de niños, niñas y adolescentes.

4. Cree que la suspensión del régimen de visitas afecta el principio del interés superior del niño.

Juez 1: La suspensión del régimen de visitas no afecta, por el simple hecho que garantiza los derechos y si se llega a suspender es porque sus derechos son vulnerados.

Juez 2: La suspensión del régimen de visitas no afecta, por el simple hecho que garantiza los derechos y si se llega a suspender es porque sus derechos son vulnerados.

Juez 3: En algunos casos se podría decir que sí afecta, pero porque afecta a sus derechos.

Juez 4: Si la suspensión se da para proteger los derechos del niño, esto no afectaría el principio.

5. Considera que la suspensión del régimen de visitas, se realiza por parte del administrador de justicia para salvaguardar el principio del interés superior del niño.

Juez 1: La administración de justicia si suspende el régimen de visitas es para salvaguardar los derechos del niño.

Juez 2: La administración de justicia si suspende el régimen de visitas es para salvaguardar los derechos del niño.

Juez 3: Sí.

Juez 4: En parte considero que es para salvaguardar el principio del interés superior del niño.

ENCUESTA DIRIGIDA A: 10 Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores.

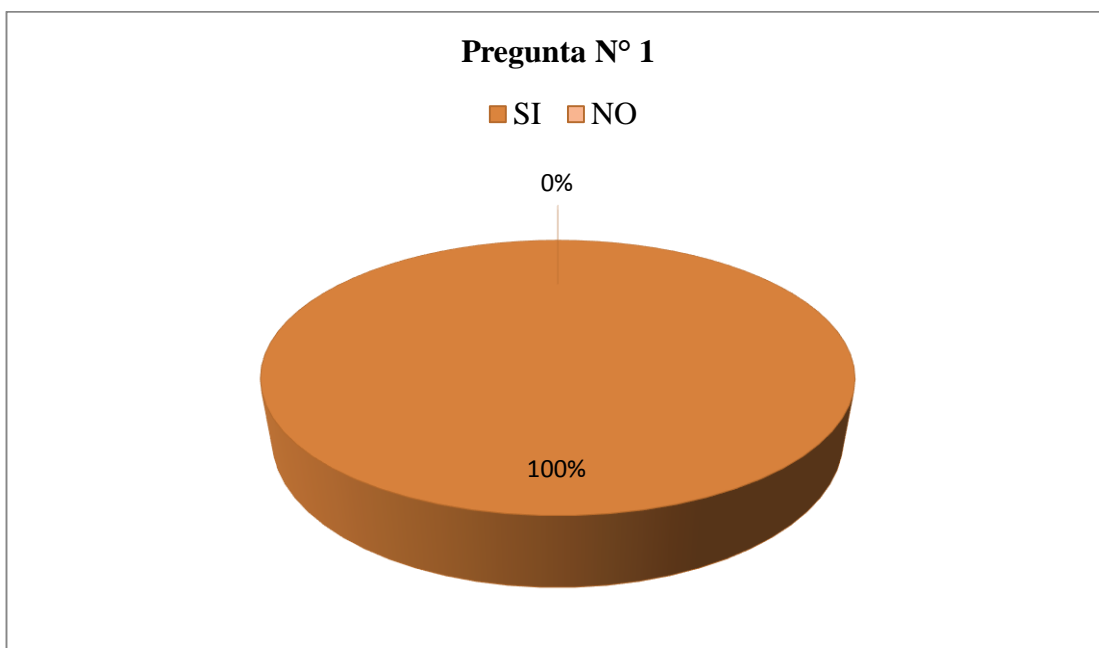
1. El derecho de visitas proviene de los derechos de la patria potestad:

Cuadro 4: Pregunta 1

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	10	10
NO	0	0
TOTAL	10	100,00

Fuente: Abogados en libre ejercicio
Elaborado por: Lorgia Catalina Tocalema Cunalata

Gráfico 1: Pregunta 1



Fuente: Abogados en libre ejercicio.
Elaborado por: Lorgia Catalina Tocalema Cunalata

Análisis: De los 10 abogados encuestados expertos en derecho de menores sobre la suspensión del régimen de visitas, en la que representa el 100% de la población implicada y la población no representada el 0% y la representa en el 100%.

Interpretación de resultados: El 100% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores, consideran que el derecho de visitas proviene de los derechos de la patria potestad.

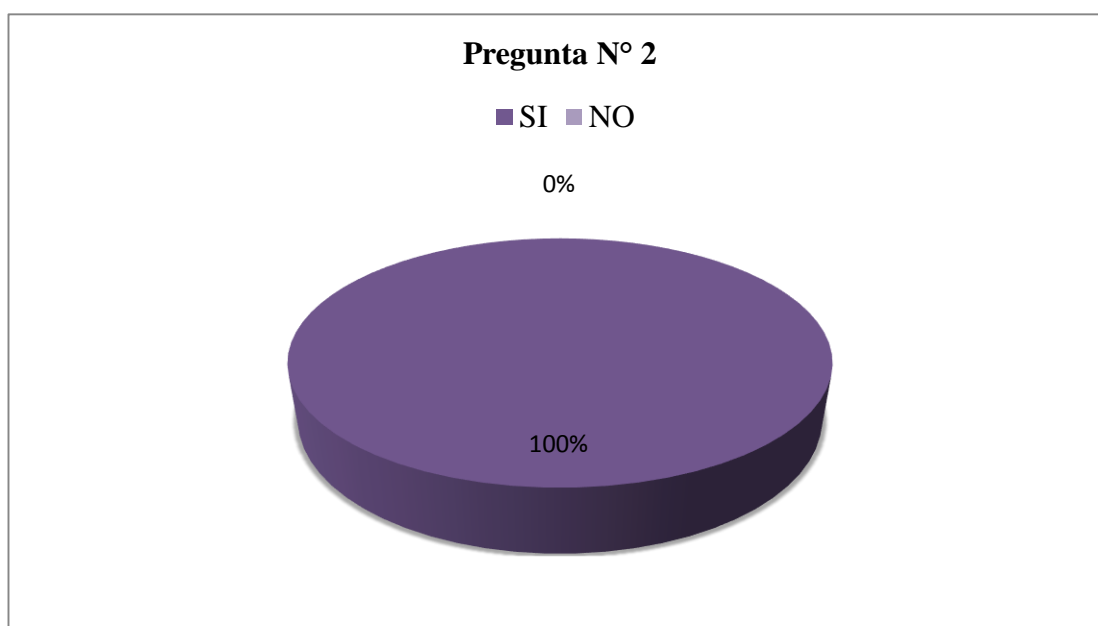
- 2. Cree que mientras dure los derechos de la patria potestad, el derecho de visitas debe otorgarse.**

Cuadro 5: Pregunta 2

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	10	10
NO	0	0
TOTAL	10	100,00

Fuente: Abogados en libre ejercicio.
Elaborado por: Lorgia Catalina Tocalema Cunalata

Gráfico 2: Pregunta 2



Fuente: Abogados en libre ejercicio.
Elaborado por: Lorgia Catalina Tocalema Cunalata

Análisis: De los 10 abogados encuestados expertos en derecho de menores sobre la suspensión del régimen de visitas, en la que representa el 100% de la población implicada y la población no representada el 0% y la representa en el 100%.

Interpretación de resultados: El 100% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores, creen que mientras dure los derechos de la patria potestad, el derecho de visitas debe otorgarse

3.- Considera que si la patria potestad se suspende, esto debe suspender los demás derechos de los padres

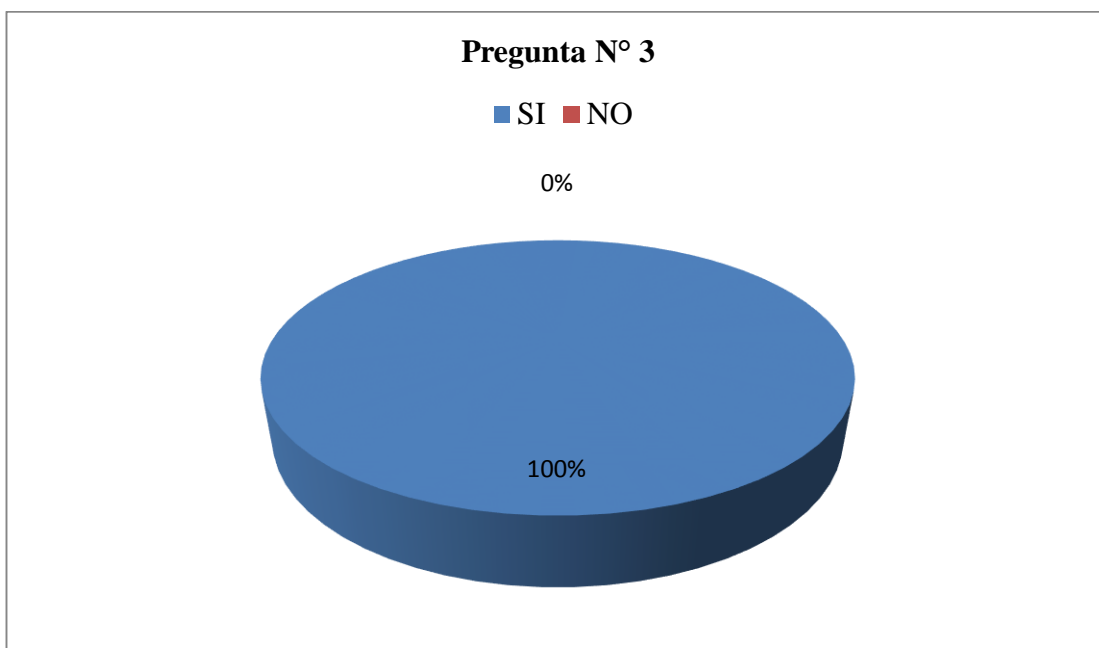
Cuadro 6 : Pregunta 3

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	10	10
NO	0	0
TOTAL	10	100,00

Fuente: Abogados en libre ejercicio.

Elaborado por: Lorgia Catalina Tocalema Cunalata

Gráfico 3 : Pregunta 3



Fuente: Abogados en libre ejercicio.
Elaborado por: Lorgia Catalina Tocalema Cunalata

Análisis: De los 10 abogados encuestados expertos en derecho de menores sobre la suspensión del régimen de visitas, en la que representa el 100% de la población implicada y la población no representada el 0% y la representa en el 100%.

Interpretación de resultados: El 100% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores, consideran que si la patria potestad se suspende, esto debe suspender los demás derechos de los padres.

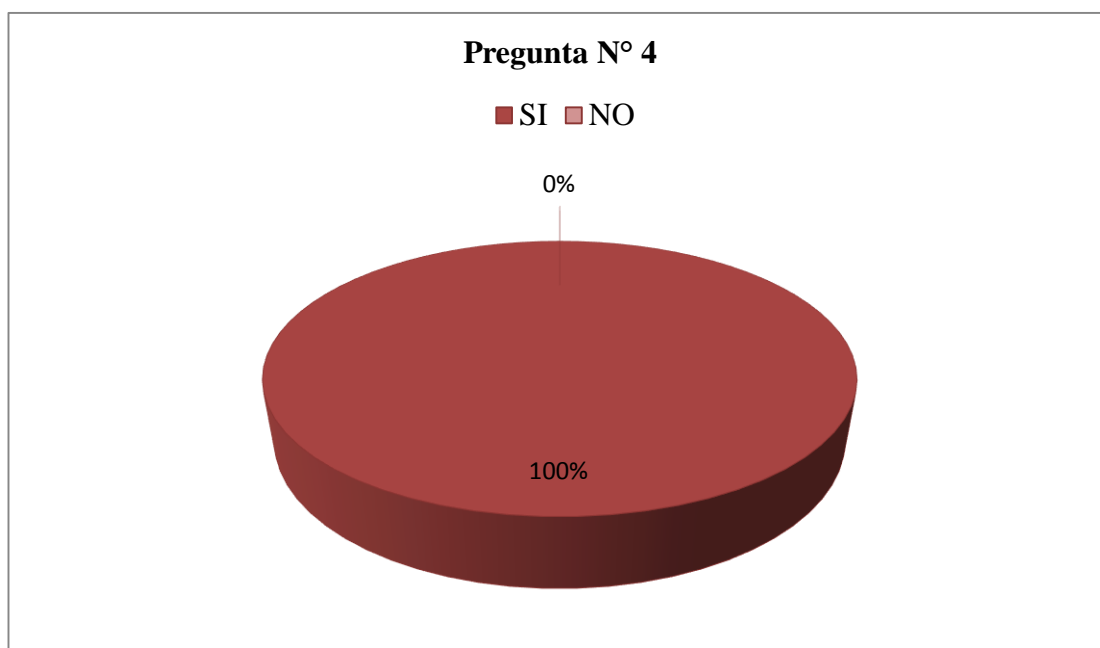
4.- Cree que si la patria potestad se suspende, el régimen de visitas debe suspenderse.

Cuadro 7: Pregunta 4

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	10	10
NO	0	0
TOTAL	10	100,00

Fuente: Abogados en libre ejercicio.
Elaborado por: Lorgia Catalina Tocalema Cunalata

Gráfico 4: Pregunta 4



Fuente: Abogados en libre ejercicio.

Elaborado por: Lorgia Catalina Tocalema Cunalata

Análisis: De los 10 abogados encuestados expertos en derecho de menores sobre la suspensión del régimen de visitas, en la que representa el 100% de la población implicada y la población no representada el 0% y la representa en el 100%.

Interpretación de resultados: El 100% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores, creen que si la patria potestad se suspende, el régimen de visitas debe suspenderse.

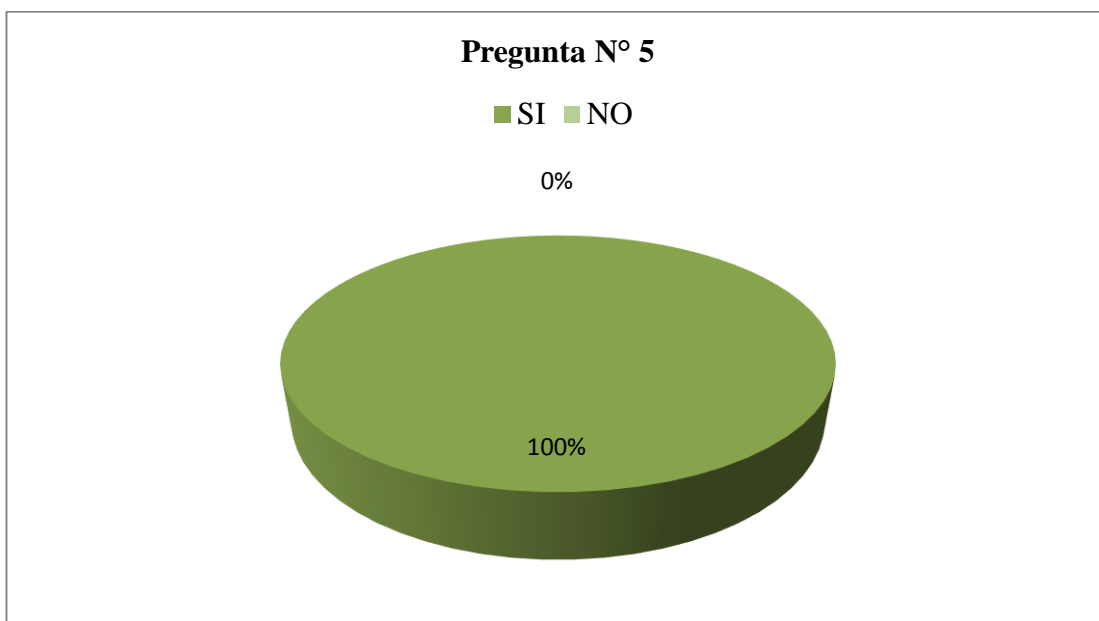
5.- Considera que si la patria potestad suspendida vuelve a otorgarse, el derecho de visitas debe reanudarse.

Cuadro 8: Pregunta 5

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	10	10
NO	0	0
TOTAL	10	100,00

Fuente: Abogados en libre ejercicio.
Elaborado por: Lorgia Catalina Tocalema Cunalata

Gráfico 5: Pregunta 5



Fuente: Abogados en libre ejercicio.
Elaborado por: Lorgia Catalina Tocalema Cunalata

Análisis: De los 10 abogados encuestados expertos en derecho de menores sobre la suspensión del régimen de visitas, en la que representa el 100% de la población implicada y la población no representada el 0% y la representa en el 100%.

Interpretación de resultados: El 100% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores, considera que si la patria potestad suspendida vuelve a otorgarse, el derecho de visitas debe reanudarse.

3.10 Comprobación de la pregunta hipótesis.

¿De qué forma la suspensión del régimen de visitas incide jurídicamente frente al principio del interés superior del niño, en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba durante el año 2015?

Luego de esta investigación se puede concluir que la suspensión del régimen de visitas incide jurídicamente frente al principio del interés superior del niño, en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba durante el año 2015.

Una vez que se ha realizado la investigación, se ha podido determinar que mediante la pérdida de la patria potestad se da la suspensión del régimen de visitas en la que es realizada por la mala actuación de los padres con respecto de sus hijos, en estos caso el administrador de justicia debe separar al padre agresor del menor de edad, ya que de lo contrario la agresión podría mantenerse.

Por esta razón la suspensión del régimen de visitas es un tema delicado ya que prevalece el principio superior del niño, entendido como prioridad para el desarrollo integral y su crecimiento por lo cual para llegar a dicha suspensión debe ser analizado de forma minuciosa para no perjudicar el pleno ejercicio de sus derechos ya que los derechos de los niños y niñas y adolescentes prevalece sobre los de las demás personas.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4. Conclusiones y recomendaciones

Conclusión: El derecho de visitas protege la comunicación del menor con su familia, así como el derecho que posee a desarrollarse en un entorno familiar.

Recomendación: El derecho a las visitas debe salvaguardarse a fin de que el vínculo de los menores de edad con su familia no se pierda, luego de la separación del núcleo familiar.

Conclusión: La suspensión del derecho de visitas a ocasionado que a más de quebrantar continuamente con una resolución judicial también se deje a la deriva los derechos de los niños y niñas y adolescentes, quienes han tenido que lidiar no únicamente con la separación de sus padres si no también con el impedimento de mantener un contacto y relación permanente con ambos progenitores.

Recomendación: Los Jueces de la unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia al conocer casos de suspensión del régimen de visitas deben tomar de manera pertinente todas las medidas necesarias para no vulnerar los derechos de los niños niñas y adolescentes y así llegar a restaurar o no el derecho de visitar para su progenitor.

Conclusión: El interés superior del niño, es un principio que precautela los derechos de los menores de edad, tiende a satisfacer el ejercicio efectivo de todos los derechos en que el niño, niña y adolescentes posee con el propósito de que las decisiones que tomen las autoridades administrativas y judiciales vayan acorde al cumplimiento de este principio como también a los derechos humanos que posee.

Recomendación: La administración de justicia, así como las instancias públicas y personas particulares, deben aplicar el principio del interés superior del niño en lo que refiera a sus derechos.

Conclusión: La suspensión del derecho de visitas a los padres, se realiza para precautelar la integridad de los hijos menores de edad, en función del principio del interés superior del niño.

Recomendación: La administración de justicia, debe precautelar el principio del interés superior del niño y suspender el derecho de visitas a los padres, cuando existan pruebas que demuestren la vulneración de los derechos de los menores, por consecuencia del derecho de visitas.

5. Bibliografía:

- AGUILAR, Saldivar Ahida. Artículo Tenencia Compartida, Revista JUS Doctrina y Práctica, 1985.
- BAEZA CONCHA, Gloria (2001): “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en Revista Chilena de Derecho, Vol.28.
- CAMPBELL, Tom, The Rights of the Minor: as a Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult, International Journal of Law and the Family, N° 6, 1992.
- CEBRIÁN, Asociados. Editorial, Grupo S.L Divorcieitor. RPM: Madrid. 2014.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, El interés superior del niño..., García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), Infancia, ley y democracia.
- D’ANTONIO, Daniel Hugo, Convención Sobre los Derechos del Niño, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
- DUTTO, El mejor interés del niño, la Constitución Nacional y la jurisprudencia, Zeus, N° 5530, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi, El fundamentos de los derechos fundamentales, Ed. Trotta, España, 2001.
- FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, Abel, Derecho de familia, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996.
- FREEDMAN, Diego: “Funciones normativas del interés superior del niño”, en Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global.
- GROSMAN, Cecilia, Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.
- GUSTAVINO, Elías, Régimen de visitas en el derecho de familia, JA, 1976, tomo I.

- PINTO, Mónica, Temas de derechos humanos, Editores del Puerto, Argentina, 1997.
- SÁNCHEZ DEL RÍO, Il del fonso. Colegio Oficial de Psicólogos del Principado de Asturias. Edit. BlogPirr.
- SPOTA, Tratado de Derecho Civil, T.I, Vol.1.
- STILERMAN Marta, Menores Tenencia. Régimen de Visitas, Editorial Universidad Aires, Buenos Aires, 2002.
- WEINBERG, Inés, Convención Sobre los Derechos del Niño, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.

5.1. Leyes:

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
- CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR
- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA
- DECLARACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO
- CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

5.2. Link grafía:

- <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm> [visitad 2016.
- <http://tramites.ecuadorlegalonline.com/justicia/defensoria-publica/regimen-visitas-tenencia-patria-potestad>.
- <http://www.eluniversal.com.co/consultorio/familia/causales-de-suspensi%C3%B3n-y-privaci%C3%B3n-de-la-patria-de-potestad>.
- <http://legales.com/tratados/f/fregvisitas.html>.

ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO

FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y ADMINISTRATIVAS

Escuela de Derecho

Tesis:

“LA SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y SU INCIDENCIA JURÍDICA FRENTE AL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, EN LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA DURANTE EL AÑO 2015.”

LORGIA CATALINA TOCALENA CUNALATA

ENTREVISTA DIRIGIDA A: Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba

1. A su entender, que derecho protege el régimen de visitas

.....
.....

2. Considera que el derecho a las visitas, garantiza el derecho que posee el menor a la adecuada comunicación con sus familiares

.....
.....
.....

3. ¿Qué es el principio del interés superior del niño?

.....
.....

4. Cree que la suspensión del régimen de visitas afecta el principio del interés superior del niño.

.....
.....

5. Considera que la suspensión del régimen de visitas, se realiza por parte del administrador de justicia para salvaguardar el principio del interés superior del niño.

.....
.....
.....



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y ADMINISTRATIVAS
Escuela de Derecho

Tesis:

“LA SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y SU INCIDENCIA JURÍDICA FRENTE AL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, EN LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA DURANTE EL AÑO 2015.”

LORGIA CATALINA TOCALEMA CUNALATA

ENCUESTA DIRIGIDA A: 10 Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho de menores

1. El derecho de visitas, proviene de los derechos de la patria potestad

Sí ()

No ()

2. Cree que mientras duren los derechos de la patria potestad, el derecho de visitas debe otorgarse

Sí ()

No ()

3.- Considera que si la patria potestad se suspende, esto debe suspender los demás derechos de los padres.

Sí ()

No ()

4.- Cree que si la patria potestad se suspende, el régimen de visitas debe suspenderse.

Si ()

No ()

5.- Considera que si la patria potestad suspendida vuelve a otorgarse, el derecho de visita debe reanudarse.

Si ()

No ()