



FACULTAD DE DERECHO

TEMA:

PROBLEMÁTICA POR EL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS,
FRENTE A LA VULNERACION DEL PRINCIPIO AL INTERES SUPERIOR DEL
MENOR.

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR

PRESENTADA POR:

DARLYN PAMELA BEDÓN CAMINO

TUTOR:

MGS. NATHALY ALEJANDRA JURADO CEVALLOS

QUITO, NOVIEMBRE DEL 2021

RESUMEN

El principio del interés superior del menor constituye uno de los principios primordiales en el Derecho de Familia. Tal es la importancia del mencionado principio que no es solo obligación del círculo familiar del menor el velar por su interés, sino también del Estado el cual posee la obligación de garantizar el cumplimiento del principio del interés superior del menor.

Así, en el presente artículo académico se determina el porque del incumplimiento del régimen de visitas, y de qué manera puede vulnerar el principio del interés superior del menor. Lo mencionado se lo realizará mediante la doctrina, jurisprudencia y la legislación ecuatoriana.

Además, este trabajo estará compuesto de los siguientes temas: los principios fundamentales del derecho de familia; el régimen de visitas en el Ecuador y; el incumplimiento del régimen de visitas en el Ecuador frente al principio del interés superior del menor.

Podemos deducir que el incumplimiento del régimen de visitas acarrea una afectación en el menor, y, por tanto, al principio interés superior del menor. Por lo tanto, se determinó la necesidad de imponer sanciones, en la normativa ecuatoriana, ante un incumplimiento de este para salvaguardar el bienestar de los menores.

Palabras claves: *derecho de familia, régimen de visitas, interés superior del menor incumplimiento, principios.*

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura dentro de la institución, a la vez que autorizo el uso comercial de mi obra a la Universidad Hemisferios, siempre y cuando se me reconozca el cuarenta por ciento (40%) de los beneficios económicos resultantes de esta explotación.

Además, me comprometo a hacer constar, por todos los medios de publicación, difusión y distribución, que mi obra fue producida en el ámbito académico de la Universidad Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee.

DARLYN PAMELA BEDÓN CAMINO

C.I: 1723981567

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación, el último escalón para llegar a esa meta tan anhelada y deseada dedico a las siguientes personas ya que son realmente importantes en mi vida.

A mi hijo, David André la luz de mi vida, la persona que Dios me envió para ser mejor cada día de mi vida, por ti lo voy a lograr.

A mi esposo Mauricio, por siempre alentarme ayudarme y levantarme cuando lo he necesitado.

A mis abuelitos por siempre estar conmigo, por su sacrificio constante al poder ayudarme con mis estudios.

Y por último a mis amados padres, quienes con cada oración me han dado la fuerza y sabiduría para seguir adelante, gracias por inculcarme valores y por este versículo que me llena el alma *“Esfuézate y sé valiente. No temas ni desmayes, que yo soy el Señor tu Dios, y estaré contigo por dondequiera que vayas”*

ÍNDICE

1	<i>CAPÍTULO</i>	11
	<i>LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE FAMILIA</i>	11
1.1	Principio de protección a la familia	13
1.2	Principio de protección al matrimonio.	14
1.3	Principio de Igualdad	15
1.4	Principio de la Autonomía de la Voluntad.	17
1.5	Principio de Intervención Mínima del Estado.	19
1.6	Principio del interés superior del menor según la doctrina.....	20
1.7	Pronunciamientos jurisprudenciales sobre el principio del interés superior del menor en el Ecuador	23
1.8	La regularización normativa del principio del interés superior del menor en el Ecuador.....	26
2	<i>CAPÍTULO</i>	30
	<i>EL RÉGIMEN DE VISITAS EN EL ECUADOR</i>	30
2.1	El régimen de visitas como derecho	30
2.2	El régimen de visitas en el Ecuador según la normativa.....	35
3	<i>CAPÍTULO</i>	40
	<i>INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS FRENTE A LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR....</i>	40
3.1	La vulneración del principio del interés superior del menor y el incumplimiento del régimen de visitas en el Ecuador	40

PROBLEMÁTICA POR EL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS, FRENTE A LA VULNERACION DEL PRINCIPIO AL INTERES SUPERIOR DEL MENOR.

Autor: Darlyn Pamela Bedón Camino

Correo electrónico: bdarl1437@gmail.com

RESUMEN

El principio del interés superior del menor constituye uno de los principios primordiales en el Derecho de Familia. Tal es la importancia del mencionado principio que no es solo obligación del círculo familiar del menor el velar por su interés, sino también del Estado el cual posee la obligación de garantizar el cumplimiento del principio del interés superior del menor.

Así, en el presente artículo académico se determina el porque del incumplimiento del régimen de visitas, y de qué manera puede vulnerar el principio del interés superior del menor. Lo mencionado se lo realizará mediante la doctrina, jurisprudencia y la legislación ecuatoriana.

Además, este trabajo estará compuesto de los siguientes temas: los principios fundamentales del derecho de familia; el régimen de visitas en el Ecuador y; el incumplimiento del régimen de visitas en el Ecuador frente al principio del interés superior del menor.

Podemos deducir que el incumplimiento del régimen de visitas acarrea una afectación en el menor, y, por tanto, al principio interés superior del menor. Por lo tanto, se determinó la necesidad de imponer sanciones, en la normativa ecuatoriana, ante un incumplimiento de este para salvaguardar el bienestar de los menores.

Palabras claves: *derecho de familia, régimen de visitas, interés superior del menor incumplimiento, principios.*

ABSTRACT

The principle of the best interests of the child is one of the primary principles in family law. Such is the importance of the above-mentioned principle that it is not only the duty of the child's family circle to look after the child's interests but also the State, which has the obligation to ensure compliance with the principle of the best interests of the child. Thus, in this academic article, it was determined why failure to comply with the visiting regime may violate the principle of the best interests of the child, through the doctrine, jurisprudence, and legislation in Ecuador on the topic of study. In addition, this academic paper is composed as following: the fundamental principles of family law; the regime of visits in Ecuador; and the non-compliance with the regime of visits in Ecuador against the principle of the best interests of the child. The study showed that failure to comply with the visiting regime in Ecuador has an impact on the child, and therefore on the principle of the best interests of the child. It was therefore decided that Ecuadorian legislation should impose penalties for failure to comply with the law in order to safeguard the welfare of minors.

Key words: *family law, visiting arrangements, best interests of the child, principles.*

INTRODUCCIÓN

“Este principio regulador – interés superior del menor - de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potenciales.”

– Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002.

En la presente investigación se quiere dar a conocer que en pleno siglo XXI, se considera un problema, en cuanto se suscita la separación definitiva de los padres de los menores, se da el Incumplimiento del régimen de visitas por parte de los progenitores, y esto conlleva una afectación y vulneración al principio del interés superior del niño en la mayoría de familias ecuatorianas. Por tanto lo que se pretende plantear son sanciones para los padres que no cumplan con el régimen de visitas, ya que se tiene que considerar que más que una garantía que tienen los padres con sus hijos es un derecho al no tener la custodia del menor.

El principio del interés superior del menor es un principio que ha sido objeto de estudio desde los últimos años. Desde la promulgación de la normativa internacional, y posteriormente, nacional, que su concepto busca esencialmente el bienestar del ser humano, y el de los niñas, niños y adolescentes, este es un tema que no ha hecho más que desarrollarse de manera paulatina.

Dentro de la historia, por ejemplo, en la Segunda Guerra Mundial tuvo como resultado que se procurara el bienestar de los seres humanos, y, sobre todo, de sus derechos fundamentales. De esta forma, el 10 de diciembre de 1948 surgió la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Posteriormente, en 1959, se aprobaría en la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración de los Derechos del Niño. Dicho cuerpo normativo internacional posee una relevancia considerable puesto que reconoce diversos derechos a los niños, niñas y adolescentes. Además, cabe mencionar que además de reconocer derechos, otorga a los niños una protección especial.

Conforme lo manifestado, se empezó a consolidar todo un sistema normativo que tenía como principal interés el velar por el bienestar de los niños, niñas y adolescentes. Todos los instrumentos internacionales citados con anterioridad influirían en la consolidación de lo que sería la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (Domingo,

2006). La mencionada convención, en cuanto a derechos del niño, constituye el cuerpo normativo internacional más relevante hasta el momento.

Ahora bien, sin lugar a duda, la mencionada normativa influyó en la legislación nacional y en los principios rectores del derecho de familia. Precisamente, uno de los principios más importantes del derecho de familia es el del interés superior del menor. Este principio del interés superior del menor busca, ante todo, el proteger al menor ante cualquier circunstancia o situación. Como prueba de lo mencionado, la propia carta magna del Estado, la Constitución de la República del Ecuador, sobre el interés superior del menor, dispone lo siguiente:

“Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas (...)”

De igual forma, el Código de la Niñez y Adolescencia, en congruencia con lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 11, tipifica lo siguiente:

“Art. 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 institucionales 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.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural (...)”

En vista de ello, el presente artículo académico tiene como finalidad el determinar si el incumplimiento al régimen de visitas en el Ecuador resulta o no en una afectación del principio del interés superior del menor. Además, dependiendo del resultado obtenido se buscará plantear una propuesta ante la potencial problemática.

Para responder a la citada problemática, se analizarán los principios del derecho de familia. Específicamente, los temas a profundizar en el primer capítulo serán: el principio de protección a la familia, el principio de protección al matrimonio, el principio de igualdad, el principio de la autonomía de la voluntad, el principio de intervención mínima del Estado, el principio del interés superior del menor según la doctrina, los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el principio del interés superior del menor, y la regularización normativa sobre el principio del interés superior del menor.

En segundo lugar, se realizará un análisis del régimen de visitas en el Ecuador. Para esto, se procederá al estudio del régimen de visitas como un derecho, y posteriormente, la normativa correspondiente al régimen de visitas en el Ecuador. Por último, mediante la utilización de un caso, se procederá a establecer si existe o no una vulneración al principio del interés superior del menor ante el incumplimiento del régimen de visitas. Así, de esta forma se establecerán las conclusiones y recomendaciones obtenidas a partir de todo lo expuesto.

1 CAPÍTULO

LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE FAMILIA

El derecho como ciencia posee diversas ramas, siendo una de estas el derecho de familia. Sin embargo, el derecho de familia, a comparación de otras ramas del derecho, tiene una gran importancia en el ser humano trascendental, puesto que este siempre va a ser parte de una familia.

Así, el derecho de familia puede decirse como: *“el conjunto de disposiciones legales que regulan la familia... es la rama del derecho civil que tiene por objeto material las instituciones familiares de todo orden: la filiación, el matrimonio, la protección del grupo familia y de quienes lo componen”* (Benítez, 2012, pág. 92).

En otras palabras, el derecho de familia regula todo lo vinculado con esta, aspectos tanto *“personales y patrimoniales resultantes del vínculo familia, así como sus efectos legales en relación con terceros”* (Piedrahita, 1992, pág. 117).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el numeral 3 del artículo 16, define a la familia como: *“el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”* Asimismo, la normativa nacional define a la familia como un elemento esencial y vital de la sociedad. Específicamente, el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que:

“Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines (...)”

En congruencia con lo mencionado, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en el artículo 9 de la mencionada normativa, dispone lo siguiente sobre la familia:

“Art. 9.- Función básica de la familia. - La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente. Corresponde principalmente al padre y a la madre, la

responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respecto y exigibilidad de sus derechos.”

Sobre lo expuesto, vale mencionar que precisamente la Declaración Internacional de Derechos Humanos dispone que la familia debe ser objeto de protección por parte del Estado. Aquello, es retomado por la legislación ecuatoriana, tanto en la Constitución del Ecuador como en el Código de la Niñez y Adolescencia, tal y como se expuso anteriormente.

Como consecuencia de lo mencionado se dispone que efectivamente la familia es el núcleo de la sociedad y que el Estado tiene el deber de protegerla, y efectivamente, aquello lo realiza mediante el derecho de familia. Según Cristian Lepin (2014), los principios fundamentales del derecho de familia que existen en la actualidad son consecuencia del transcurso del tiempo, y evidentemente, de la evolución histórica que ha dado como resultado el reconocimiento de derechos, que anteriormente no se reconocían. Así, y, entre los algunos de los más esenciales y fundamentales principios, se encuentran los siguiente: protección a la familia, protección al matrimonio, igualdad, interés superior del niño, autonomía de la voluntad e intervención mínima del Estado.

En definitiva, a partir de lo desarrollado en el presente acápite, se colige que la familia es el núcleo fundamental de cualquier sociedad, y que precisamente esta, debe ser protegida tanto por el Estado. El Derecho de Familia tiene como objeto la familia, sin lugar a duda, pero de igual forma procura ante todo el bienestar del menor. Los diversos principios propios del Derecho de Familia ayudan a entender bajo que supuestos este Derecho de Familia se desarrolla y cuales son su fundamento.

Como en el presente artículo académico se procura el estudio de los principios fundamentales del Derecho de Familia es esencial y fundamental el definir, antes que nada, que es la familia según la normativa nacional e internacional. De igual manera, el definir los principios esenciales del Derecho de Familia, para de esta forma, comprender de manera certera el principio del interés superior del menor, objeto de estudio del presente trabajo. Cada uno de estos principios tutela un aspecto fundamental de la familia como núcleo de la sociedad, tal y como se procederá a detallar en el siguiente capítulo.

1.1 PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA

Como ya se mencionó con anterioridad, la familia es reconocida por diversos cuerpos normativas como un aspecto fundamental de la sociedad, y dada la importancia de la familia esta debe de ser protegida y tutelada de forma adecuada.

La importancia de la familia ha sido reconocida por tratados internacionales y por la normativa nacional, de esta forma, la Convención sobre Derechos de los Niños, en su preámbulo, establece lo siguiente sobre la protección que se le debe otorgar a la familia:

*“Convencidos de que **la familia**, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, **debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad** (...)”.*

(el resaltado es propio).

De igual forma, en el Ecuador, el deber del Estado de proteger a la familia y el mencionado principio es reconocido en el artículo 66, el cual dispone que “**El Estado protegerá (a la familia) como núcleo fundamental de la sociedad** y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. (el resaltado es propio).

De igual forma, los artículos 9 y 10 del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, sobre la protección de la familia, tipifican lo siguiente:

*“Art. 9.- Función básica de la familia. - **La ley reconoce y protege a la familia** como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.*

*Art. 10.- Deber del Estado frente a la familia. - **El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia** para cumplir con las responsabilidades especificadas en el artículo anterior”.* (el resaltado es propio).

Por tanto, al ser la familia aquella institución que tiene un rol básico y esencial en la vida y en el desarrollo del ser humano, es evidente que la protección de esta se debe

efectuar sin lugar a duda. Dado que esta “*constituye un lugar central y decisivo en la experiencia humana*” (Del Picó, 2016, pág. 110).

1.2 PRINCIPIO DE PROTECCIÓN AL MATRIMONIO.

Directamente relacionado con el principio de protección a la familia está el principio de protección al matrimonio. No es indiferente, que tanto el hombre como la mujer tienen derecho a casarse, y, el de formar una familia.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en el numeral 1 del artículo 16, reconoce lo mencionado con anterioridad, al establecer lo siguiente:

“Artículo 16.- Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.”

De igual forma, la norma suprema del Ecuador, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 67 reconoce al matrimonio. Específicamente, el artículo 67 de la carta magna del Ecuador, dispone lo siguiente:

“Artículo 67.- El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”

De esta forma, una vez más, queda claro que además del principio de protección a la familia, el matrimonio es de igual forma protegido por el Estado mediante distintos mecanismos y figuras reconocidas en la legislación nacional. De igual manera, más allá de lo mencionado, y en directa relación con el objeto de estudio del presente capítulo, el matrimonio tiene especial valor dado que, brindándole protección a este, de igual forma, se le brinda protección a la familia (Berrios, 2015). No se puede negar, si la normativa establece que las personas contrayentes de matrimonio, según el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador, tienen igualdad de “*derechos, obligaciones y capacidad legal*”, de igual manera, esto es una garantía para el menor fruto de aquel matrimonio.

Los menores de edad, es decir, niños, niñas y adolescentes, y el cuidado hacia estos, depende de los padres. Así, tanto padre como madre tienen las mismas

obligaciones y deberes respecto con sus hijos. De igual forma, tienen los mismos derechos con respecto a ellos. Por tanto, incluso al momento de valorar el régimen de visitas, en el Ecuador, es vital considerar los derechos y obligaciones que poseen tanto el padre como la madre del niño, niña y adolescente. Sobre lo anteriormente expuesto, Fátima Pérez Berrios afirma que:

“Al derecho le interesa la familia, entre otros motivos, por la organización social, la protección y la tutela que da a las personas que lo necesitan (...)

El Derecho, al proteger a la familia, está reconociendo ese valor que tiene como una institución que contribuye al bien común de la sociedad” (Berrios, 2015, pág. 33).

Inclusive, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, reconoce el valor del matrimonio y su importancia para la familia. En consecuencia, en su artículo 17, numeral 4, el mencionado cuerpo normativo dispone:

“Art.17.4.- Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio (...) se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”

Es claro la importancia de los desarrollados principios dentro de la temática a estudiar en el presente trabajo, la protección al matrimonio incluye que, en todo sentido, se tenga en consideración el interés del menor. Así, se evidencia como el interés superior del menor es uno de los principios fundamentales y centrales del Derecho de Familia.

1.3 PRINCIPIO DE IGUALDAD

Otros de los principios fundamentales del derecho de la familia reconocido tanto por la doctrina como la legislación internacional y nacional es el denominado “principio de igualdad”. Este, si bien es parte de las distintas ramas del derecho, tiene una connotación especialmente relevante en el derecho de familia.

Como es de amplio conocimiento, la familia está compuesta por diversos miembros. Sin embargo, lo importante a destacar aquí es que a todos estos miembros

“se les reconoce la dignidad intrínseca y tienen derechos iguales e inalienables”
(Molina, 2014, pág. 22).

Al respecto, el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone lo siguiente:

*“Todos los seres humanos **nacen libres e iguales en dignidad y derechos** y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.*

Ahora bien, vale destacar que, si bien este principio de igualdad se encuentra reconocido en la normativa internacional y nacional, este es tiene un concepto transversal en todas las ramas del derecho. Especialmente en el derecho de familia, la doctrina menciona otras dimensiones con respecto al principio de igualdad. Un ejemplo, claro es la igualdad entre los cónyuges y, por otro lado, la igualdad de los hijos.

Como se mencionado con anterioridad, en el caso de la familia y en el caso del matrimonio – que está compuesto por dos personas – éstos tienen igualdad de condiciones, es decir, igualdad de deberes y derechos tanto con respecto al matrimonio como de los hijos (Lehmann, Fundamentos de derecho de Familia y de la Infancia., 2011). Dicha igualdad está reconocida por el Estado ecuatoriano, inclusive el ya citado artículo 67 de la Constitución del Ecuador donde se establece que el matrimonio *“se fundarán en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”*. Por tanto, no queda lugar a duda alguna que, en la sociedad conyugal, las partes que lo conforman tienen una igualdad de condiciones, que se traduce en el poseer los mismos derechos y obligaciones con todo aquello relacionado con la familia y la sociedad que conforman.

Ahora bien, con respecto a la igualdad entre los hijos es necesario establecer que en este ámbito existió un gran desarrollo por parte de la legislación y en la sociedad, puesto que anteriormente, los derechos que poseía un menor se podrían ver limitados por la “procedencia” de este, es decir, si este nacía dentro o no de un matrimonio. Dicha discriminación anteriormente existente, en la actualidad y en el Ecuador, ya es

parte del pasado, puesto que, si el menor nació dentro o no de un matrimonio, este tiene los mismos derechos que los demás hijos.

Sobre lo mencionado, la legislación ecuatoriana es bastante clara al determinar la igualdad entre cónyuges y entre hijos, específicamente, los numerales 5 y 6 del artículo 68 de la Constitución de la República del Ecuador dispone lo siguiente sobre la igualdad entre los integrantes de la familia.

“Artículo 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia. -

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

*Las hijas e hijos **tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción**”.* (el resaltado es propio)

En conclusión, a partir de lo expuesto, se concluye que efectivamente el Derecho de Familia tiene diversos principios, que, sobre todo, poseen como eje principal el interés del menor. De un análisis de cada uno de los principios expuesto, es evidente que detrás de cada uno de ellos, estos tienen un criterio en común, que siempre van a procurar y poner como prioridad, ante cualquier situación, el interés superior del menor. El Estado al tener como obligación la garantía de los distintos principios expuesto, está precisamente procurando el salvaguardar el bienestar de los menores. En vista de ello, el principio que se procederá a exponer, y objeto de estudio, tiene una relevancia incomparable dentro del Derecho de Familia, tal y como se procederá a demostrar.

1.4 PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Si bien el principio de la autonomía de la voluntad es uno de los más controvertidos, en el sentido que existen doctrinarios que defienden que, en el derecho de familia, tanto las obligaciones como deberes que surgen de las relaciones familiares más que en la voluntad de las personas tienen origen en la ley (Molina, 2014), otros autores, tales como Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni (2007) sobre la autonomía de la voluntad en el derecho de familia, sostienen que:

“La constitución de las relaciones familiares nace de la voluntad de las personas (la de los contrayentes en el matrimonio, la del progenitor que reconoce a un hijo, la de los adoptantes, etc.) se está frente a auténticos actos jurídicos que son la fuente de relaciones de familia” (Bossert & Zannoni, 2007, pág. 22; 23).

Contrario a lo mencionado, otros autores como Ruggiero sostienen que, en realidad, la autonomía de la voluntad se ve limitada por la ley, y que los sujetos que componen el grupo de familia deben de aceptar que cualquier acción que sea contrario a esta, carece de validez. Así, el mencionado autor determina lo siguiente:

“Las relaciones personales familiares, ella (la autonomía de la voluntad) es un principio absoluto (...). Fuera de estas, los sujetos del grupo familiar tienen que aceptar cuanto establezcan las leyes y lo que ellos digan o hagan en contrario es totalmente ineficaz (...) En el 'ámbito familiar, los particulares no pueden hacer lo que les venga en gana, y esa es la razón por la que el Derecho de familia, al decir de Lehmann <<constituye un derecho cerrado>>” (Ruggiero, 1990, pág. 355).

Sin embargo, y sin perjuicio de lo mencionado, es necesario destacar que, pese al debate existente alrededor del tema, resulta innegable que la autonomía de la voluntad de las partes constituye un principio esencial del derecho de familia, y cada vez, la legislación es prueba de la importancia que se le otorga a esta. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 16 numeral 2, establece que *“solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio”*.

De igual forma, en la legislación ecuatoriana se ven distintos mecanismos que demuestran la importancia del principio de la autonomía de las partes dentro del derecho de familia, dado que se deja a discreción de los cónyuges, el optar por una separación, la cual puede ser de mutuo consentimiento e incluso la misma ley otorga la posibilidad de métodos alternativos de solución de conflictos, específicamente la mediación, como forma de llegar a un acuerdo y poder realizar una separación adecuada, donde el menor no se vea inmerso en una disputa entre los padres (Lehmann, Fundamentos de derecho de Familia y de la Infancia., 2011). De igual forma, se valora la voluntad de las partes incluso para el poder regular tanto la relación entre estos como las relativas al menor.

Así, no cabe lugar a duda que efectivamente el principio de autonomía de la voluntad está presente dentro del derecho de familia y constituye un principio fundamental del mismo. Ahora bien, en relación con el principio del interés superior del menor y el régimen de visitas del Ecuador, este principio está íntimamente relacionado dado que dentro al momento de existir un conflicto entre los cónyuges, e incluso simplemente al momento de tomar una decisión en torno al niño, niña o adolescente, es por medio de esta autonomía que tanto el padre como la madre tomarán lo que valoren como la mejor decisión para este. Por tanto, es evidente que no se puede dejar de lado este principio al momento de realizar el respectivo análisis sobre el impacto que tiene el incumplimiento del régimen de visitas en el Ecuador en el principio del interés superior del menor.

1.5 PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA DEL ESTADO.

Este principio va en concordancia de todo lo expuesto con anterioridad, y precisamente lo que determina es que la intervención estatal debe ser únicamente en situaciones donde exista conflicto – y sea necesario la intervención del Estado para precautelar los derechos del menor – y para establecer la normativa suficiente que regula la relación familiar. Justamente, el Estado realiza esto mediante el derecho de familia.

Rodrigo Barcia, sobre la intervención del Estado y el principio de mínima intervención por parte de este, manifiesta que este principio consiste, precisamente, en que el Estado no puede ni debe “*intervenir a través de sus órganos en la familia, contra la voluntad de la propia familia, sino en casos graves o extremos*” (Lehmann, 2011, pág. 26).

Es decir, si bien lo que se busca en una intervención menor por parte del Estado, esta no se contempla – en ningún momento – como inexistente. Dado a que esta precisamente es necesario para establecer las pautas y cimientos de las relaciones familiares, y en casos extremos, para salvaguardar el bienestar de los menores, que, según el principio del interés superior del menor, es lo que prima y debe salvaguardarse en todo momento.

Como ya se mencionó, la temática de estudio de este trabajo busca el analizar el impacto que el incumplimiento del régimen de visitas de Ecuador posee en el menor.

Ahora bien, este principio es fundamental dentro del tema a estudiar dado que al momento que el interés superior del menor entra en cuestionamientos, el Estado es aquel ente que tiene la obligación de garantizar que este interés sea salvaguardado y que el bienestar del menor no sea comprometido de forma dañina. Por tanto, si bien este principio establece que la intervención del Estado deba ser mínima, es evidente que estos “casos graves” o “extremos” que establece la doctrina se configuran cuando es el interés superior del menor está en juego. Por tanto, es indudable la importancia del presente principio dentro del objeto de estudio anteriormente detallado.

1.6 EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SEGÚN LA DOCTRINA.

Como anteriormente se especificó, el principio del interés superior del menor es uno de los elementos claves en el estudio de la temática planteada dentro del presente artículo académico. Dicho principio, ha tenido una evolución palpable y significativa a lo largo de la historia, específicamente, una de las primeras veces que un juzgado se pronunció sobre la importancia de velar por el interés del menor fue en 1774, en Estados Unidos¹.

Precisamente, en la sentencia del caso Bisset, en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que “*si las partes no están de acuerdo, la Corte hará lo que parezca mejor para el menor*” (Klaff, 1988, pág. 368).

Ahora bien, sin perjuicio de lo mencionado, uno de los avances más significativos y relevantes con respecto al principio del interés superior del menor fue con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN)². Puesto que, gracias

¹ Es vital destacar que el mencionado principio fue producto de un largo proceso histórico. Puesto que, al principio se veía al menor y todo lo concerniente en torno a este como un “tópico” propio de la esfera privada, es decir, netamente de los padres. Posterior a ello, el Estado asumió un rol más activo con respecto a los niños, niñas y adolescente y asumió ciertas consideraciones con respecto a ellos, como el de la educación. Por último, se establece que el Estado debe asumir y velar por el bienestar del menor, especialmente, ante conflictos familiares, donde su finalidad va a ser el de velar por el interés superior del niño. Como producto de lo narrado, el interés superior de la menor forma a ser un tema de asunto público y no netamente privado, como era en un comienzo (Bruñol, 2010).

² La Convención Internacional de los Derechos del Niño fue aprobada, por los Estados parte, el 20 de noviembre de 1989. En dicha Convención, a través de los 54 artículos que la conforman, se dispusieron todos los derechos del menor, cabe destacar, que en el mencionado tratado internacional se deja esclarecido que menor es todo aquel ser humano con menos de 18 años (UNICEF, 2006). Cabe destacar que, dentro

a esta se logró el reconocimiento tanto de los derechos del menor, como a la protección de estos. De esta forma, y como prueba de lo anteriormente afirmado, el numeral 1 del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño dispone lo siguiente:

“Artículo 3.- Interés Superior del Menor:

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.**” (el resaltado es propio)

Lo mencionado posee una connotación sumamente relevante, puesto que es extremadamente claro el artículo, al disponer que ante cualquier medida que se tome siempre y sin excepción alguna, deberá de considerarse el interés superior del niño, niña o adolescente. Como resultado de lo mencionado, no solamente le corresponde al Estado el reconocer el mencionado principio, pero además brindar una protección adecuada e ideal al menor, con la finalidad de salvaguardar, ante todo, el bienestar.

En virtud de lo mencionado, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en los numerales 2 y 3 del mismo artículo 3, anteriormente especificado, determina que:

“Artículo 3.- Interés Superior del Menor:

2. **Los Estados 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, tutores u otras personas responsables de el ante la ley y, **con ese fin, tomaran todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.**

de La pirámide de Kelsen, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, al ser con tratado internacional sobre derechos humanos, jerárquicamente se encuentra en el nivel superior de la pirámide, por tanto, constituiría norma suprema.

3. Los Estados se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.” (el resaltado es propio)

Lo mencionado es tomado por la normativa nacional, es decir, por la legislación ecuatoriana, la cual, en el Código de la Niñez y Adolescencia, en el artículo 1, establece de manera clara que todo se realiza bajo el principio del interés superior del menor. Así, en el artículo 1 del detallado cuerpo normativo establece que:

“Artículo 1.- Finalidad. - Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral.” (el resaltado es propio)

Sin lugar a duda, resulta incuestionable que existe un principio del interés superior de la menor reconocida tanto en instrumentos internacionales como en la normativa ecuatoriana. Sin embargo, todo lo mencionado lleva al cuestionamiento sobre ¿Qué es aquel principio “del interés superior del menor”? La respuesta a la mencionada interrogante es: la satisfacción y el goce, por parte del menor, de los derechos que posee (Bruñol, 2010).

Aquello, es incuestionable dado que todo lo relevante con respecto a darles una vida plena y digna del menor está reconocido en algún derecho³. Por ello, el eje

³ Es necesario destacar que sobre el significado del principio del “interés superior del menor” existen diversas interpretaciones que lo abarcan de una u otra forma, sin embargo, la esencia del detallado interés, que es ampliamente reconocida en la doctrina, es la satisfacción de todos los derechos que posee el niño, niña o adolescente (Bruñol, 2010).

transversal del principio del interés superior del menor radica en que cualquier decisión a efectuarse, siempre debe estar tanto orientada como limitada por el bienestar del menor.

De igual forma, otro de los aspectos relevantes del mencionado principio yace en que este otorga una interpretación – de carácter sistemático – a lo normativo, debido a la relevancia que tienen los menores y, sobre todo, el garantizar los derechos que estos gozan. Es decir, que incluso en presencia de un conflicto, el Estado o en específicamente el juez, tiene la obligación de interpretar la normativa y decidir siempre en pro del menor. En congruencia con lo expuesto, Bruñol (2010) manifiesta lo siguiente: “*el principio permite “arbitrar” conflicto jurídico de derecho*” (Bruñol, 2010, pág. 9).

En síntesis, no cabe lugar a duda que este principio es transversal en cualquier normativa y decisión que efectúe el Estado en relación con el menor, y que, en vista de ello, incluso las políticas públicas y acciones del Estado, deben tener en consideración el bienestar del menor. Dado que, es evidente que los derechos del menor tienen – sin discusión alguna – un carácter prioritario que debe respetarse ante cualquier decisión, y que estos deben primar (García-Lozano, 2016).

Al ser de vital importancia el principio del interés superior del menor, es incuestionable que el régimen de visitas y su cumplimiento son supuestos que influyen en la efectiva protección del interés superior del menor. Por tanto, y por el motivo anteriormente mencionado, radica el que este sea el principio del Derecho de Familia a estudiar, puesto que como ya se mencionó, esto es lo que tanto el Estado como la familia busca proteger, al menor, ante todo.

1.7. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL ECUADOR.

Ahora bien, todo lo mencionado con anterioridad no ha sido desconocido por los juzgados ecuatorianos, y al respecto, distintos pronunciamientos jurisprudenciales han dejado en claro la importancia del principio del interés superior del menor dentro del Ecuador. En diversos casos, sobre controversias entre los progenitores, impugnaciones de paternidad e incluso en casos de restitución internacional de un menor de edad, la Corte Nacional de Justicia ha dejado en claro que es trascendental

la protección del menor, y, por tanto, el proteger el principio del interés superior del menor.

Así, en el proceso No. 0253-2012⁴, mediante Resolución No. 0318-2012, la Sala de Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, sobre que es el principio del interés superior del menor, se pronunció lo siguiente:

*“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**" (el resaltado es propio).*

De igual manera, dentro del mismo proceso, la Corte Nacional de Justicia determinó lo ya anteriormente especificado en la sección anterior, sobre el rol del Estado sobre el bienestar de los menores, independientemente de los padres y la esfera privada, al determinar que:

*“Independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos (...) Tanto del concepto como de sus características se desprende que **el principio de interés superior del niño conlleva la obligación que tienen los Estados de proteger y privilegiar, ante todo y, sobre todo, los derechos de los niños, niñas y adolescentes.**" (el resaltado es propio).*

Fue precisamente en base al principio del interés superior del menor que dentro del mencionado proceso la Sala de Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia resolvió que lo decidido en instancias anteriores, pese a lo alegado por la parte actora, fue resuelto en favor del niño, dado que se resolvió

⁴ En el especificado proceso, la controversia tenía por objeto la restitución internacional de un menor de edad, la cual había sido solicitada por el padre del menor. Dicha restitución, en instancias anteriores, fue rechazada en base al principio del “interés superior del menor”, debido a que en dichas sentencias se resolvió que lo mejor para el menor no era la restitución con su progenitor. Lo resuelto en primera y segunda instancia sería posteriormente ratificado por la Corte Nacional de Justicia.

que el mejor ambiente para el menor era permanecer en el país, al cual el menor se encontraba adaptado, y que por tanto, velando por su bienestar, no se admitiría la restitución internacional de menor.

De igual manera el proceso No. 0130-2012⁵, mediante Resolución No. 0245-2012, la Sala de Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, con respecto a una controversia de impugnación de paternidad, estableció que, dentro del mencionado caso, *“es de vital importancia proteger el interés superior de la mencionada niña, interés superior consagrado por la Constitución Política de la República”*.

Por último, otro fallo de la Corte Nacional de Justicia, que demuestra el carácter interpretativo, ya explicado con anterioridad, del principio del interés superior del menor, deja en claro que, en fin, de salvaguardar el bienestar del menor, se puede decidir de una manera determinada, pese a lo dispuesto por determinadas normas. Así, la Sala de lo Civil y Mercantil, de la - en ese momento - Corte Suprema de Justicia, el 13 de noviembre de 2003, dentro de un proceso de disputa de paternidad, sobre el interés superior del menor, dispuso:

*“Aplicando (...) todas las disposiciones relativas al interés superior del niño, es que este Tribunal ha declarado que, **por encima de los textos del Código Civil en lo atinente a la declaración de filiación está la realidad biológica** (...) que actualmente es posible determinar la paternidad con precisión casi absoluta (margen de un error en diez millones) mediante el examen de ADN”*. (el resaltado es propio).

Es decir, que pese a lo dispuesto por la normativa – el Código Civil. Sobre la filiación, y en base al principio del interés superior del menor, se establece que lo que prima en una situación como el de disputa de paternidad, no es lo que dice el Código Civil, pero la realidad biológica. Así, es evidente el principio del interés superior del menor permite al Estado decidir en pro del menor, incluso, si lo mencionado implica dar una interpretación a una normativa o uno aplicar una ley determinada, dado a que

⁵ Dicho proceso versaba sobre una impugnación tanto de maternidad y paternidad, en la cual, una vez más, la Corte Nacional de Justicia no casó la resolución de instancia anterior en consideración del “interés superior del menor”.

no es lo mejor para garantizar los derechos superiores pertenecientes a los niños, niñas y adolescentes.

A partir de lo expuesto, se concluye que efectivamente el Estado ecuatoriano tiene como prioridad, y que es obligación de este, el que ante cualquier caso que el bienestar del menor esté en juego, cualquier decisión que se efectúe sea en torno a la protección del menor, y, por tanto, que busque garantizar el principio del interés superior del menor. Por tanto, en el caso del incumplimiento del régimen de visitas, se puede deducir que el Estado tiene la obligación de tomar cualquier decisión en torno al interés superior del menor, y las sentencias anteriormente citadas son prueba de lo afirmado.

1.8. LA REGULARIZACIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL ECUADOR.

Como anteriormente se mencionó y desarrolló, el principio del interés superior del menor fue reconocido por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y, además, por la normativa nacional. Al respecto, es importante señalar que el principio del interés superior del menor en el Ecuador está situado de manera transversal en el cuerpo normativa ecuatoriano, tal y como se procederá a detallar.

En primer lugar, en la Constitución de la República del Ecuador, se reconoce y garantiza el interés superior del menor. En vista de ello, el artículo 44, de la Sección Quinta “Niñas, niños y adolescentes”, que dispone:

*“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.” (el resaltado es propio).

De igual forma, a la luz de la Constitución del Ecuador, el Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 11, sobre el interés superior del niño, establece lo siguiente:

*“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 principio de diversidad étnica y cultural.” (el resaltado es propio).

Asimismo, sobre la aplicación de dicho principio y la interpretación a la normativa que se deberá realizar en base al interés superior del menor, la normativa anteriormente especificada, en su artículo 14, determina que:

“Artículo 14.- Aplicación e interpretación más favorable al niño niña y adolescente. - Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo con el principio del interés superior del niño.” (el resaltado es propio).

De igual forma, con respecto al derecho que tiene todo menor, sin excepción alguna, de tener una familia, la ley otorga una excepción a la regla general del que todo menor tiene el derecho a convivir y crecer con su familia biológica. Precisamente, la excepción a dicha regla es justamente cuando el interés superior del menor se ve amenazado o afectado. Aquí, el Estado juega un papel primordial porque tiene un deber de actuar ante tal situación de la vulneración que estaría enfrentando el niño, niña o adolescente. El Código de la Niñez y Adolescencia recoge lo

anteriormente explicado y en el artículo 22 del mencionado cuerpo normativa establece:

“Artículo 22.- Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia.

Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley.

En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral.” (el resaltado es propio).

De igual manera, el interés superior del menor y su importancia, no solamente se ve reflejada en la Constitución del Ecuador y en el Código de la Niñez y Adolescencia, sino además en otros códigos normativos, siendo uno de estos la Ley Orgánica de Movilidad Humana. La cual reconoce como uno de los principios de la mencionada normativa, precisamente, al principio del interés superior del menor. Como evidencia de ello, el artículo 2 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana, la cual dispone:

“Artículo 2.- Principios. - Son principios de la presente Ley:

Interés superior de la niña, niño y adolescente: *En el marco del interés superior de niñas, niños y adolescentes, en todos los procesos y procedimientos vinculados a la movilidad humana, se tomarán en cuenta las normas previstas en la Ley de la materia, como el principio de especialidad de niñez y adolescencia y los derechos a tener una familia, convivencia familiar y ser consultado en todos los asuntos que le afecten.*

En ningún caso se podrá disponer su detención por faltas administrativas migratorias. Cuando el interés superior de niñas, niños y adolescentes exija el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de la no privación de libertad

se extenderá a sus progenitores, sin perjuicio de las medidas alternativas que puedan dictarse en el control migratorio.” (el resaltado es propio).

Por último, a modo ejemplificativo de la transversalidad del principio del interés superior del menor⁶, inclusive la Ley Orgánica de Comunicación, demuestra el rol del Estado y la obligación de este de garantizarlo, puesto que se establece la obligación de los medios de promover el interés superior del menor. Específicamente, en su artículo 15, la Ley Orgánica de Comunidad establece:

“Artículo 15.- Principio de interés superior de niñas, niños y adolescentes. - Los medios de comunicación promoverán de forma prioritaria el ejercicio de los derechos a la comunicación de las niñas, niños y adolescentes, atendiendo el principio de interés superior establecido en la Constitución y en el Código de la Niñez y la Adolescencia”

Así, de todo lo expuesto dentro del presente capítulo, es innegable que en el Ecuador el menor y los derechos que este posee, tiene una superioridad frente a otros derechos y sujetos. Además, resulta incuestionable que el Estado tiene una obligación de proteger frente a cualquier situación a los niños, niñas y adolescentes.

Por tanto, con respecto al objeto de estudio del presente trabajo resulta aún más vital el entender como el incumplimiento al régimen de visitas puede causar un grave perjuicio al interés superior del menor, el cual se debe de salvaguardar ante cualquier posible vulneración.

⁶ Es preciso mencionar que el principio del interés superior de la niña, niño y adolescente es recogido por distintos cuerpos normativos en diversas áreas, tales como: salud, educación, comunicación, entre otros. Sin embargo, todos estos no se incluyeron debido a que la finalidad es el demostrar la importancia de dicho principio, la cual ya ha sido probada con la doctrina, jurisprudencia y normativa citada y detallada.

2. CAPÍTULO

EL RÉGIMEN DE VISITAS EN EL ECUADOR

Los temas de Derecho que inmiscuyen a menores de edad, tienden a ser polémicos y es imperativo que sean tratados con la mayor responsabilidad y sensibilidad. El régimen de visitas de los menores de edad, es un tema que atañe principalmente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes y al derecho de familia. Dependiendo del país, el régimen de visita del menor puede variar. Por ello, la legislación ecuatoriana, al igual que en otros países, establece su propio régimen. Con estas consideraciones, el presente capítulo buscará introducir al lector al tema de régimen de visitas de menores como derecho y el régimen de visitas en el Ecuador según su normativa.

Para ello, el presente capítulo estará conformado de la siguiente manera. En primer lugar, se tratarán las definiciones básicas acerca del régimen de visitas de menores como derecho. En segundo lugar, se buscará conceptualizar dichos conceptos con la revisión de lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador y en el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador. Por último, se realizará un breve análisis de las ventajas y desventajas del régimen de visitas de los menores en Ecuador desde un enfoque de derecho de menores de edad y de familia.

2.1. EL REGIMEN DE VISITAS COMO DERECHO

Las Naciones Unidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DDHH) proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Por esta razón, antes de entrar en materia del régimen de visitas de los menores, hay que preguntarnos quiénes son los menores. Porque, aunque parezca obvio y el estatus de mayor de edad difiere en algunos países, la *Convención sobre los Derechos del niño* dicta: “*Se entiende por niño todo ser humano desde su nacimiento hasta los 18 años, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad*” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, pág. 10). Esa definición no es exclusiva del género masculino, incluye a niños, niñas y adolescentes (NNA), sin dejar cabida a la discriminación.

La misma Convención reconoce a el principio de no discriminación, es decir: “*todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños, sin excepción alguna, y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para proteger al niño de toda forma de discriminación*” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, pág. 10). Aunado a

ello, también *“es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos (...)”* (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, pág. 10).

Los derechos de la infancia (del menor) están estipulados y reconocidos en la *Convención sobre los Derechos del Niño*. Este instrumento fue elaborado durante 10 años con las aportaciones de representantes de diversas sociedades, culturas y religiones. Como resultado, la Convención ha sido aprobada como tratado internacional de Derechos Humanos (DDHH) en 1989. En este instrumento se reconoce que los niños *“son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones”* (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, pág. 6)

El papel del Estado debe ser de centinela de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Es decir, el Estado tiene un rol fundamental en garantizar que los derechos de los niños, niñas y adolescentes sean efectivamente respetados. Sobre lo mencionado, Fátima Pérez Berrios manifiesta que *“la labor del Estado consistirá en apoyar y gestionar todas las iniciativas convenientes para que cada familia, sin discriminación alguna, tenga los recursos suficientes que le faciliten su pleno desarrollo”* (Berrios, 2015, pág. 34).

No obstante, también hay un tema de dirección y orientación de padres y madres. Es decir: *“Es obligación del Estado respetar las responsabilidades y los derechos de los padres y madres, así como de los familiares, de impartir al niño orientación apropiada a la evolución de sus capacidades”* (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, pág. 11). En ese sentido, hay que recordar que cada padre y/o madre son responsables de criar a sus hijos de ‘a’ o ‘b’ manera y ello debe estar encaminado a la evolución para el bienestar del niño.

Entonces ¿por qué darle esas obligaciones al Estado? Porque cómo se ha podido ver a lo largo de la historia, los padres de los niños, no siempre están en la capacidad de cuidarlos y velar por ellos. Y por eso siempre prima el interés superior del niño que establece que: *“Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo.”*

Desde allí, ya se puede reflexionar que el régimen de visitas al menor debe estar dirigido por estos principios. Y esto conlleva una gran interrogante ¿qué pasa cuando los padres se separan? La Convención establece que:

“Es un derecho del niño vivir con su padre y su madre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para el interés superior del propio niño. Es derecho del niño mantener contacto directo con ambos, si está separado de uno de ellos o de los dos. Corresponde al Estado responsabilizarse de este aspecto, en el caso de que la separación haya sido producida por acción de este.”

Por último, antes de proceder a la temática del régimen de visitas de los menores vale la pena recalcar que la Convención también tiene un enfoque que pone a la familia un pilar fundamental en la vida del menor, al definirla como:

“(…) grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.”

Con todas estas consideraciones, varios convenios internacionales como “*la facultad de llevar al menor, por un período limitado de tiempo a un lugar diferente al de su residencia habitual*” (Protección Internacional de Niños, 1980). Por otro lado, para el tratadista Enrique Rospigliosi (2014) el régimen de visitas “*Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno filial*” (pág. 1). Por su parte, el autor Juan Pablo Cabrera Vélez (Visitas; Legislación, Doctrina y Práctica, 2009) se refiere al régimen de visitas determinando:

“El derecho de visitas fomenta la relación entre familia dentro de cualquier grado y el menor, por tanto, actúa como ente organizador de las relaciones familiares; pero además de esto juega un papel básico, en las veces que permite que la familia que ostenta el régimen de visitas, pueda de cierto modo fiscalizar la crianza del menor, ya que de observar malestar, podría solicitar un cambio en la tenencia” (pág. 27)

A todo esto, no hay que dejar de lado, que también se cuenta con la opinión del niño, que según la *Convención sobre los Derechos de los niños* (1989): “*El niño tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan*” (1989, pág. 13). Por lo tanto, el régimen de visitas del menor se puede ver no solo como un derecho de los niños, niñas y adolescentes, sino que ellos también pueden opinar y decir cómo se sienten con las visitas. Además, también es un deber y derecho de los padres, que debe considerar el interés superior del niño, antes que el de ellos.

Con estos principios, definiciones y consideraciones, el régimen de visita al menor es un derecho que permite a los padres que no poseen la tenencia, cooperar en la crianza de su hijo menor de edad y para asegurarse de que el padre que posee la tenencia, no desatienda al menor. En conclusión, el derecho de visitas viene siendo ese espacio para que el menor de edad mantenga comunicación y supervisión de desarrollo por parte de los familiares.

Retornando lo dispuesto por la Convención, es imperante y complementario tomar en consideración que el Artículo 9 de la *Convención sobre los Derechos de los niños* (1989) establece que:

“*Artículo 9.-*

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con

ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. *Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”*

Los sujetos que intervienen en el derecho de visitas son: el sujeto activo y el sujeto pasivo; quienes serán los intervinientes y beneficiarios dentro del proceso. El régimen de visitas busca proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes por lo que no puede estar limitado en cuanto a sus titulares. Además, es un derecho personal porque es concedido a una persona determinada que solicita ejercer el mismo, también, puede ser solicitado por terceros que demuestren un vínculo afectivo con los niños, niñas y adolescentes.

En consecuencia, es un derecho imprescriptible porque en cualquier momento se puede demandar, en su ejercicio no puede verse limitado por el transcurso del tiempo, sino cuando las circunstancias del niño, niña y adolescente así lo requieran. También, es un derecho indelegable porque no puede cederse o comercializarse, porque solo es aplicable a los titulares del derecho como único beneficiario; además, no puede cederse, es personalísimo y su función es aplicable únicamente a los titulares del derecho (Maldonado, 2017, pág. 23).

Este derecho es irrenunciable, porque no es susceptible de renuncia alguna ya que todo convenio que indique lo contrario sería completamente nulo. Además, prevalece el principio de interés superior del niño, es decir, que la voluntad de renunciar a este derecho por cualquiera de los dos padres afectaría a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Hay que agregar que es un derecho posteriori porque nace de la extinción de un hecho fáctico, que viene hacer la disolución del hogar. En la doctrina están denominados como visitas provisorias y visitas definitivas. Las provisorias como dice su nombre, es el primer movimiento real que debe realizarse dentro de un régimen de visitas y están consideradas como las visitas que deberán ser otorgadas al progenitor que no posee la tenencia de los menores mientras se concreta el juicio de régimen de visitas.

Este tipo de visitas servirá para la reanudación de los lazos familiares suspendidos entre padres e hijos y la brevedad para evitar la restricción de derechos. Recogiendo todo lo anterior, las visitas definitivas, se dan cuando ya se dictamina la decisión del juez dentro del juicio de régimen de visitas, estableciendo las horas que el progenitor, que no posee la tenencia, tendrá para visitar al niño, niña o adolescente (Maldonado, 2017, págs. 23-24).

Con dicho artículo y sus numerales, es tan claro que las visitas del menor deben ser procesos sanos, de desarrollo y bienestar. Lo que menos se desea es que los menores sufran o tengan que ser separado innecesariamente de uno de sus padres. El numeral 3, es el que resume la esencia de la visita con mayor facilidad. Puesto que, los Estados suscritos a este instrumento internacional deben garantizar que, ante la separación de los menores de edad de sus padres, se garantice el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, a excepción de si ello es contrario al interés superior del niño.

Ecuador no es la excepción, su papel debe ser garantizar este derecho. Quizás ahora el lector se debe estar preguntando ¿cómo el Estado ecuatoriano garantiza este derecho?

2.2. EL RÉGIMEN DE VISITAS EN EL ECUADOR SEGÚN LA NORMATIVA

En Ecuador, el régimen de visitas se encuentra regularizado, por primera vez, en el Código de Menores (1992), actualmente derogado; en el que se disponía que:

“Artículo 62.- El tribunal al dictar los fallos sobre la tenencia regulará las visitas que se deban realizar entre el menor y sus padres. En el régimen de visitas se cuidará siempre la necesaria estabilidad emocional y física para la

crianza y desarrollo del menor, por lo cual el tribunal podrá prohibirlas de ser necesario.

Artículo 63.- No se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieran sido sacados los hijos, visitar o recibir la visita de éstos en la forma, la frecuencia y libertad que el tribunal estime convenientes, excepto lo señalado en el artículo anterior.”

El derecho de visita se extiende a los parientes más cercanos del menor y a terceros cuando el interés del menor así lo justifique.

“Artículo 64.- La inobservancia debidamente probada del régimen de visitas dispuesto por el Tribunal competente, será causa de apremio personal en contra del infractor y podrá dar lugar a la modificación de la resolución sobre la forma y frecuencia de las visitas, inclusive a la revocatoria de ésta.

Artículo 99.- En la resolución del Tribunal de Menores en que autorice la colocación familiar deberá constar si es remunerada o no, el monto de la remuneración, el tiempo mínimo de la medida y el régimen de visitas en caso de existir familiares; y, la periodicidad con la que se evaluará la medida. Las resoluciones del tribunal se dictarán en atención a los informes presentados por el Equipo Técnico de Asesoría del tribunal o las instituciones con las que el tribunal coordine.”

Posteriormente, estas normativas fueron derogadas por el actual Código de la Niñez y Adolescencia. No obstante, antes de pasar a ello, hay que tomar en cuenta que la Constitución de la República del Ecuador establece en el artículo 35 que los NNA son de “atención prioritaria”. En el mismo capítulo (Capítulo tercero: Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria), Sección Quinta: Niñas, niños y adolescentes, el artículo 44, se alinea a lo normado en la *Convención sobre el Derechos del Niño*.

De lo mencionado podemos establecer que la Carta Magna reconoce el principio de interés superior del niño, al ordenar prioridad en “el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 34).

Así mismo el segundo párrafo del artículo 341 del mismo instrumento legal, norma que: *“El sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Serán parte del sistema las instituciones públicas, privadas y comunitarias”* (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 159).

Ahora bien, también en la Codificación del Código Civil ecuatoriano se recoge que:

“Artículo. - 269.- Podrá el juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y, sobre todo, a los ascendientes.

Artículo. 270.- Lo dispuesto en el artículo precedente se observará también durante el juicio de divorcio.

Artículo. 271.- El juez procederá, para todas estas resoluciones, breve y sumariamente, oyendo a los parientes.

Artículo. 272.- No se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieren sido sacados los hijos, visitar a éstos con la frecuencia y libertad que el juez estimare convenientes.”

Como se puede observar, el efecto del mencionado artículo es otorgarle al Juez la potestad de confiar el cuidado personal de los menores de edad a otra u otras personas adecuadas en caso de inhabilidad física grave de ambos padres, dando preferencia a los consanguíneos más próximos, y, sobre todo, a los ascendientes; sin detrimento de que ambos progenitores sean los que provean a las necesidades en común, en proporción de sus facultades.

Ahora, finalmente se debe tomar en cuenta lo establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia; el cual estipula específicamente, en el Título IV del Derecho a Visitas:

“Art. 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 intra - familiar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión.”

Este artículo tiene concordancias con el Código Civil (LIBRO I), en los artículos 108, 115, 128 y 272. Por otro lado, prosiguiendo con los siguientes artículos del Código de la Niñez, se establece que:

“Art. 123.- Forma de regular el régimen de visitas. - Para la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo. Si no existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo o la hija, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta:

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

Resulta incuestionable, que el Estado mediante normas y leyes ha procurado el regularizar el régimen de visitas en el Ecuador, sin embargo, existen falencias con respecto al cumplimiento de estas. De igual forma, si bien el Código de la Niñez y Adolescencia regular – en cierta medida – el régimen de visitas en el Ecuador, este no considera, de manera explícita, todas las posibles sanciones por el incumplimiento de este.

No obstante, dependiendo del caso y las circunstancias del caso en particular, el incumplimiento del régimen de visitas podría acarrear ya sea la limitación, la suspensión o la pérdida de la patria potestad. De manera específica, los artículos 11, 112 y 113, sobre la limitación, suspensión y pérdida de la patria potestad del progenitor, dispone lo siguiente:

“Art. 111.- Limitación de la patria potestad. - Cuando lo aconseje el interés superior del hijo o hija, el Juez podrá decretar la limitación de la

patria potestad, respecto de quien o quienes la ejerzan, restringiendo una o más funciones, mientras persistan las circunstancias que motivaron la medida, por el tiempo que se señale en la misma resolución

Art. 112.- Suspensión de la patria potestad. - La patria potestad se suspende mediante resolución judicial, por alguna de las siguientes causas:

1. Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses (...)

Art. 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:

1. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses.

2. Incumplimiento grave o reitera de los deberes que impone la patria potestad (...)”

Sin embargo, precisamente en lo expuesto radica la gran problemática en torno a la temática, en ninguna parte de la legislación, se establece de manera clara y precisa las posibles consecuencias por un incumplimiento del régimen de visitas de forma específica. Es evidente, que los padres – además del Estado – juegan un papel imperante en la protección del principio del interés superior del menor, especialmente con respecto a la temática del régimen de visitas. Lo mencionado, será desarrollado en el siguiente capítulo, donde precisamente se desarrollará el incumplimiento del régimen de visitas en el Ecuador y la posible vulneración que esto podría implicar al principio del interés superior del menor.

3. CAPÍTULO

INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS FRENTE A LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

3.1. LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS EN EL ECUADOR.

Como se evidenció a lo largo de los anteriormente desarrollados capítulos, el principio del interés superior no solamente debe ser tutelado, de igual manera, posee un evidente riesgo de vulneración que se debe impedir. En cuanto al incumplimiento del régimen de visitas, en el Ecuador, este puede significar una potencial vulneración al principio del interés superior del menor, debido a las situaciones en las que el menor de edad puede verse inmiscuido.

A modo ejemplificativo, se realizará un análisis de un caso ecuatoriano en el que el incumplimiento del régimen de visitar simboliza una potencial vulneración al principio objeto de estudio del presente artículo académico.

El caso para analizar reposa en los archivos de la Unidad Judicial en Materia de Familia, Niñez, Adolescencia y Familia con Sede en la Parroquia Carcelén del Distrito Metropolitano de Quito, bajo el número de proceso No. 17983-2019-01272. La parte actora de la presente demanda es Luis Fabián Males Conejo en contra de la señora Lizeth Priscila de la Cruz Donoso, en calidad de madre de la menor Luciana Valentina Males de la Cruz.

Realizando un análisis del mencionado caso, este tiene su fundamento en la petición del señor Luis Fabián Males Conejo, padre de la menor de edad, en el derecho de ver a su hija y el poder obtener la generación de un vínculo parento-filial. La misma que se puede definir *“Los vínculos afectivos son la expresión de la unión entre padres e hijos, aspecto que va más allá de la relación de parentesco y está presente en todas las tareas educativas, facilitando la comunicación familiar, la seguridad en los momentos difíciles, el establecimiento de normas y su cumplimiento”* (Pérez Contreras & Arrázola, 2013, pág. 19).

En el mencionado caso, la parte actora manifiesta que la relación entre el padre y la menor no es la mejor ni la óptima. Se evidencia el rechazo de la madre de la menor a algún contacto con el padre, puesto que esta última apenas tiene tres años. La parte actora indica al Juez de Familia que la madre de la menor no lo deja tener contacto con la niña debido a que “*no se hizo presente en ninguna de las etapas*”.

De manera específica, los antecedentes del mencionado y citado caso son los siguientes:

- El 27 de diciembre, se presenta la demanda de Régimen de Visitas y se lleva a cabo la contestación a la demanda de RÉGIMEN DE VISITAS presentada por el Accionante.
- Se determina, de manera provisional, el régimen de visitas, estableciendo que el padre de la menor realizará las visitas a su hija Luciana Valentina Males de la Cruz, los domingos de cada semana en el horario de 09h00 A 13h00, teniendo como obligación retirarla y dejarla a la hora acordado en su lugar residencia, mismo que es el lugar de residencia de la madre.
- El 13 de enero del 2020, se ingresa un oficio remitido por la Policía Nacional, por medio del cual se informa el incumplimiento del régimen de visitas del señor Luis Fabián Males hacia la menor, Luciana Valentina Males de la Cruz.
- Luego de esto, la madre ingresa un escrito explicando, la situación que se está suscitando al momento que el señor le recoge a la menor de la casa. Puesto que, al momento del retorno de la menor a su hogar, esta regresa con comportamientos anormales, entre estos, llantos, dado “*que papa le grita, le pega y le obliga a darle besos en la boca*”.
- El caso fue derivado a la Oficina Técnica de Trabajo Social para emitir un informe psicológico de cómo se encuentra la menor, y pudieron determinar que la menor presenta un cuadro de déficit inicial por Violencia Psicológica, tiene indicadores como nerviosismos constantes, síntomas vinculados con la alimentación, depresión, maltrato psicológico y de manipulación. Inclusive, a pesar de continuar

con el proceso de terapias, la menor cada vez que mantiene la visita posee conductas agresivas e irritables, por dos o tres días posteriores al evento.

- En la audiencia realizada el día 11 de agosto de 2020, la parte actora y la parte demandada lograron establecer un acuerdo a su régimen de visitas, determinando que el mismo se realizará de la siguiente manera *“de forma paulatina los días sábados de 09h00 a 13h00, 4 horas, empezando el sábado 8 de agosto del 2020; visitas que se desarrollará única y exclusivamente en el lugar de habitación de la menor, en las áreas comunales; estas visitas, serán guiadas telemáticamente por el Equipo Técnico de esta Unidad Judicial por un tiempo de 6 meses, quienes informarán de las novedades a esta autoridad mensualmente; por ofrecimiento de la progenitora, dará las facilidades para que se instalen los equipos y se pueda cumplir con este cometido”*.
- De igual forma, las partes acordaron que la persona de contacto para mantener comunicación periódicamente entre padre e hija utilizando medios telemáticos, sea video llamadas, teléfonos o cualquier otro medio de comunicación, es el señor Mario de la Cruz, tío materno de la menor. Además, se disponen terapias psicológicas al grupo familiar a fin de mantener los lazos de afectividad entre los progenitores y su hija, para que como padres se fortalezca el respeto mutuo que debe existir.

Para fundamentar la propuesta de esta investigación se escogió este caso práctico ya que se logró identificar y verificar sobre la vulneración del principio del menor, que afecta a niños niñas y adolescentes, que se presenta en los procesos de Régimen de Visitas. En estos procesos, es evidente que existen diversos riesgos para el bienestar del menor.

Puesto que, por un lado, el padre que no posee la tenencia del menor, por medio del régimen de visitas, puede acceder a tener contacto y fomentar la creación de un lazo filial entre padre/madre e hijo. Sin embargo, por diversos motivos es incumplido, puede acarrear una afectación al menor. Por otro lado, la dificultosa relación que puede existir entre los padres de los progenitores repercute de forma directa en el menor, y en la relación que este puede tener con uno o con otro de sus progenitores.

En el caso expuesto, el proceso se deriva a una oficina técnica especializada, la misma que concluye que la menor sufre de violencia.

En consecuencia, de lo mencionado lleva a cuestionarse sobre el régimen de visitas, y si este está fallando en el Ecuador. La violencia, o una repercusión negativa en el menor, a partir del incumplimiento del régimen de visitas, no puede acontecer bajo ningún concepto, debería acontecer puesto que la menor goza de derechos, que el propio Estado tiene la obligación de tutelar.

En caso como el que nos ocupa, es responsabilidad del juez, el proteger y tutelar por encima de cualquier situación en particular, dicho bienestar.

4. CONCLUSIONES

De acuerdo a lo que indica el Código de la Niñez y Adolescencia en su capítulo “IV Del Derecho de Visitas”, no se encuentran sanciones para los progenitores que no cumplan con el Régimen de Visitas establecido la autoridad competente, y al no recibir sanciones no se las respeta y es en ese momento cuando cabe afectaciones al principio del interés superior del niño, lo que se busca es la responsabilidad de sus padres aun estando separados, y tengan la obligación de cuidar a los niños, niñas y adolescentes en el desarrollo integral del menor

Con respecto al interés superior del menor, el mencionado principio, tal y como el propio nombre lo demuestra, tiene como interés principal el velar por el bienestar del menor ante cualquier circunstancia, es sumamente importante contar con la presencia de ambos padres, ya que, privar al niño niña o adolescente de mantener relación con el padre no custodio genera ansiedades e irrumpe con su bienestar integral.

De igual manera, los pronunciamientos jurisprudenciales en el Ecuador sobre le interés superior del menor son claros. En reiteradas ocasiones, los jueces de los tribunales ecuatorianos han fallado en pro del menor, inclusive, pese a que la legislación pertinente puede disponer otra acción. Es evidente, que la finalidad y lo que busca el anteriormente detallado principio es proteger al menor, ante todo. Cabe destacar, que dicha protección no solamente la tiene el círculo familiar cercano al menor pero el Estado, el cual tiene como obligación el buscar el mejor provenir del menor.

Con respecto a lo desarrollado, sobre el régimen de visitas en el Ecuador, por un lado, es innegable que este constituye un derecho para los progenitores y de igual forma, para los menores. Por un lado, con respecto a los progenitores estos si bien tienen la obligación de velar por sus hijos, como padres, tienen el derecho de poder visitar al menor y tener contacto con esto. Sin embargo, aquello también constituye una obligación para los mismos, puesto que el menor tiene y debe de crecer en un entorno familia sano, por tanto, siempre se procurará que los dos padres formen parte de su vida. De igual forma, con respecto al régimen de visitas según la normativa, si bien sí se encuentra regulado por el Código de la Niñez y Adolescencia este es limitado al momento de realizarlo. Justamente, se dejan de lado aspectos fundamentales como que acontece en caso de incumplimientos.

Se debe educar a los padres, y que exista colaboración entre la familia y el Estado para fomentar la corresponsabilidad parental.

Por último, con respecto al impacto del incumplimiento del régimen de visitas en el principio del interés superior del menor, es incuestionable que este se ve vulnerado. Puesto que, se está impidiendo que el menor tenga un acceso a una vida familiar lo más integra posible. Ahora bien, lo desarrollado también mostró otro escenario, el cual configura una situación donde si bien se cumple el régimen de visitas, el menor de alguna manera u otra, en vista del cambio de “ambiente” se ve perjudicado o inclusive, maltratado, lo cual resulta en una grave vulneración a sus derechos.

5. RECOMENDACIONES

Por otro lado, lo expuesto lleva al planteamiento sobre posibles acciones que se pueden realizar al respecto, como recomendaciones, se crearía una Guía de Responsabilidad en cuanto al Régimen de Visitas, para padres que se encuentren en situación de separación esto con el fin de fomentar responsabilidad, y evitar situaciones de riesgos en cuanto a problemas psicológicos o comportamientos extraños de los niños niñas y adolescentes.

Otras de las recomendaciones que surgen como resultado de lo expuesto, es la implementación de sanciones ante un incumplimiento del régimen de visitas de distintas índoles, tanto económica como privativa de libertad. Es vital, que se considere la implementación de mecanismos sancionatorios que sean transversales a toda la normativa pertinente, Es decir, en todas las áreas del derecho donde se puedan implementar sanciones que busquen que los progenitores no solamente cumplan con el régimen de visitas pero que se lo realice de la manera debida y adecuada.

Es necesario, que no se pierda el fin último del sistema del régimen de visitas en el Ecuador, el cual es, sobre todo, otorgar al menor la oportunidad de crecer en un ambiente familiar y generar el vínculo con sus padres. Sin embargo, es además también responsabilidad del Estado el no permitir que por medio de estas figuras se lesione o vulnere el bienestar del menor, el cuál siempre tendrá una protección especial y deberá ser tutelado ante todo.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Benítez, J. P. (2012). *Principios General del Derecho de Familia* . Valle del Cauca: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Piedrahita, H. G. (1992). *Derecho de Familia*. Bogotá: Temis.
- Del Picó. (2016). *Derecho de Familia* . Santiago de Chile : Thomson Reuters .
- Molina, C. L. (2014). *Los Nuevos Principios del Derecho de Familia*. Santiago de Chile: Revista Chilena de Derecho Privado .
- Lehmann, R. B. (2011). *Fundamentos de derecho de Familia y de la Infancia*. Santiago de Chile : Tgomson Reuters.
- Bossert, G., & Zannoni, E. (2007). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea.
- Ruggiero, R. (1990). *Instituciones de Derecho Civil* . Madrid: Reus.
- Lehmann, R. B. (2011). *Fundamentos del derecho de Familia y de la Infancia*. Santiago de Chile : Thomson Reuters.
- Klaff, L. (1988). The Tender Years Doctrine: A Defense. *California Law Review*, 335-372.
- UNICEF. (junio de 2006). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de UNICEF: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Bruñol, M. C. (2010). *EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO*. Obtenido de Organización de los Estados Americanos: http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf
- García-Lozano, S. T. (2016). El Interés Superior del Niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 131-157.
- Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). *Naciones Unidas*. Obtenido de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina. (1980). *Protección Internacional de Niños*. Obtenido de Convenio de la Haya: <http://www.menores.gob.ar/visitas-internacionales>

- Rospigliosi, E. (2014). *Régimen de Visitas y Derecho a la Comunicación entre los Parientes*. Lima: Editora Grijley.
- Cabrera, J. P. (2009). *Visitas; Legislación, Doctrina y Práctica*. Editora Jurídica Cevallos.
- Maldonado, J. C. (2017). *UNACH*. Obtenido de <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/4331/1/UNACH-EC-FCP-DER-2017-0101.pdf>
- Código de Menores, Registro Oficial Suplemento 995 (Congreso Nacional 7 de agosto de 1992).
- Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Nacional Constituyente 2008).
- Código Civil, Oficio No. 0110-CLC-CN-05 (Congreso Nacional 10 de mayo de 2005).
- Pérez Contreras , B., & Arrázola, E. (2013). Vínculo afectivo en la relación parento-filial como factor de calidad de vida. *Tendencias & Retos*,, 17-32.
- Domingo, J. O. (2006). *Normativa internacional de protección de la infancia*. Granada: Cuadernos de Trabajo Social.
- Berrios, F. R. (2015). La protección a la familia a través del cumplimiento de los derechos y deberes familiares. *Revista de Derecho*, 31-54.