

Katerine Maroto-Pérez ; Eduardo Vistín-Castillo; Luis Fernando-Piñas

<http://dx.doi.org/10.35381/racj.v7i2.2013>

Derecho de visitas: Práctica violatoria de derechos de los hijos y del progenitor no custodio

Visitation rights: A practice that violates the rights of the children and of the non-custodial parent

Katerine Maroto-Pérez

dr.katerinegmp50@uniandes.edu.ec

Universidad Regional Autónoma de los Andes, Riobamba, Chimborazo
Ecuador

<https://orcid.org/0000-0002-5410-9189>

Eduardo Vistín-Castillo

contacto@vistinabogados.com

Universidad Regional Autónoma de los Andes, Riobamba, Chimborazo
Ecuador

<https://orcid.org/0000-0002-8547-981X>

Luis Fernando-Piñas

ur.luispinias@uniandes.edu.ec

Universidad Regional Autónoma de los Andes, Riobamba, Chimborazo
Ecuador

<https://orcid.org/0000-0002-0213-5350>

Recibido: 15 de abril 2022

Revisado: 10 de junio 2022

Aprobado: 01 de agosto 2022

Publicado: 15 de agosto 2022

Katerine Maroto-Pérez ; Eduardo Vistín-Castillo; Luis Fernando-Piñas

RESUMEN

El objetivo general de la investigación fue analizar jurídicamente el derecho de visitas: práctica violatoria de derechos de los hijos y del progenitor no custodio. El planteamiento realizado por los investigadores para el desarrollo de la metodología, fue a partir del enfoque cuantitativo, mediante la indagación, recolección y análisis crítico documental y referencial bibliográfico, basándose en la exploración metódica, rigurosa y profunda de diversas fuentes conformadas por artículos, normas y leyes, describiendo los hallazgos encontrados. En la investigación, se ha empleado como técnica la revisión documental, la cual permite obtener información valiosa para encuadrar los acontecimientos, problemas y reacciones. Se concluye que, el derecho de familia necesita reestructurarse, sobre todo en lo atinente al principio constitucional de la corresponsabilidad parental. Además, se requiere de forma urgente una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia que incluya que el padre de familia no custodio acceda efectivamente a la corresponsabilidad parental.

Descriptores: Derechos del niño; parentesco; legislación. (Tesauro UNESCO).

ABSTRACT

The general objective of the research was to legally analyze the right of visitation: a practice that violates the rights of the children and the non-custodial parent. The approach taken by the researchers for the development of the methodology was based on the quantitative approach, through the inquiry, collection and critical analysis of documents and bibliographic references, based on the methodical, rigorous and deep exploration of various sources consisting of articles, rules and laws, describing the findings. In the research, documentary review has been used as a technique, which allows obtaining valuable information to frame the events, problems and reactions. It is concluded that family law needs to be restructured, especially with regard to the constitutional principle of parental co-responsibility. In addition, a reform of the Code of Childhood and Adolescence is urgently required, including the non-custodial parent's effective access to parental co-responsibility.

Descriptors: Children's rights; parentage; legislation. (UNESCO Thesaurus).

Katerine Maroto-Pérez ; Eduardo Vistín-Castillo; Luis Fernando-Piñas

INTRODUCCIÓN

Actualmente las rupturas de las relaciones sentimentales entre parejas o cónyuges es algo tan natural y común, de tal forma que lo raro es ver a parejas estables y que perduren en el tiempo. Al respecto, Cardona et al. (2008) afirman que, en el desarrollo, formación de la familia, la unión con otra pareja o el nacimiento de los hijos pueden generar tensiones y conflictos trayendo consigo síntomas de vulnerabilidad en el núcleo familiar.

En la investigación se enfocará en tratar sobre las causas que producen estos rompimientos, sino únicamente tomamos como verdad, las separaciones y el rompimiento del hogar en el que existen hijos o hijas menores de edad. Este hecho lamentable trae consecuencias jurídicas importantes, cuando los progenitores tienen que pelear por la custodia de sus hijos comunes; y, a la hora de decidir, se libran grandes batallas ante las autoridades judiciales.

Es necesario destacar que la República del Ecuador (2008) reconoce a los niños, niñas y adolescentes, como sujeto de derechos y como se describe a continuación:

Artículo 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.

Por otro lado, dado el proceso judicial, hay que decir con seguridad, que la madre es quien tiene todas las posibilidades de vencer en la contienda, todo gracias a que la legislación ecuatoriana respalda este hecho, como lo pasamos a revisar a

Katerine Maroto-Pérez ; Eduardo Vistín-Castillo; Luis Fernando-Piñas

continuación. En el Código de la Niñez y Adolescencia. (2014) se refiere a “tenencia” a partir del artículo 118, que textualmente dice:

Artículo. 118.- Procedencia. - Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

De la norma transcrita se colige que el juez confiará el cuidado del hijo o hija de familia a uno solo de los progenitores, únicamente cuando estime más conveniente para su desarrollo integral. Al respecto debemos señalar que, a nuestro criterio, solamente en forma excepcional se debería aplicar esta norma por la simple razón de que para el niño, niña o adolescente siempre será más beneficioso el permanecer con ambos progenitores; es decir, no perder el contacto con ambos, salvo que como reiteramos, la convivencia con uno de ellos le sea perjudicial.

En otras palabras, cuando se quiera atender el óptimo desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, los juzgadores deben aplicar esta norma de manera excepcional; puesto que la regla general debería ser que estos vivan siempre rodeados de sus padres. Cuando se utiliza el término “excepcional” se refiere a casos en los cuales la integridad y desarrollo de los hijos menores de edad se vea afectado por la convivencia con uno de sus progenitores, y exista la necesidad forzosa de confiar el cuidado a uno solo de ellos.

Lamentablemente en el Ecuador, este artículo se lo aplica indiscriminadamente en la gran mayoría de separaciones familiares, como dice la norma aplicando el siguiente artículo del Código de la Niñez y Adolescencia. (2014):

Artículo. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. - Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;

Katerine Maroto-Pérez ; Eduardo Vistín-Castillo; Luis Fernando-Piñas

- 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;
 - 3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
 - 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;
 - 5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,
 - 6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.
- La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.

En todo caso, debe prevalecer el interés superior del niño con norma constitucional en este sentido, La Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante la Opinión Consultiva número N° OC-17/2002 ha señalado que el principio de interés superior del niño es:

Un principio regulador 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 éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño. (p.61).

Así mismo, la Corte Constitucional del Ecuador (2015), en la Sentencia No. 064-15-SEP-CC plantea lo siguiente:

El principio del interés superior del niño es un principio cardinal en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, que tiene una consideración primordial al momento de la adopción de todo tipo de medidas, en los ámbitos públicos y privados, que les conciernen, ya que goza incluso de reconocimiento internacional universal y, a través del

Katerine Maroto-Pérez ; Eduardo Vistín-Castillo; Luis Fernando-Piñas

tiempo, adquirió el carácter de norma de derecho internacional .; En nuestro sistema jurídico, este principio lo garantiza la Constitución de la República para asegurar el ejercicio pleno de sus derechos y promover prioritariamente 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.

En este orden de ideas, Arroyo Ortega. (2018) plantea lo siguiente:

Lo anterior da cuenta de la necesidad de considerar la protección integral más allá de la garantía o la restitución de derechos y enfocar también la mirada en las acciones de prevención, de fomento de las capacidades de los niños y niñas. (p.67)

En este contexto legal y de protección podemos deducir que las ventajas que la ley le otorga a la madre y los hijos, son altas; y, por el contrario, el padre se encuentra relegado a un segundo plano, lo cual se traduce en una lucha desigual, violándose de esta forma los principios constitucionales de igualdad, no discriminación, e incluso el de la corresponsabilidad.

Es evidente que en el Ecuador el Principio de Corresponsabilidad Parental se origina a partir de la Convención de Derechos del Niño (1989) y posteriormente se establece claramente en la Constitución de la República del Ecuador (2008), no obstante, el Código de la Niñez y la Adolescencia (2014) favorece a la madre al momento de decidir la tenencia de los hijos. (Heredia,2017).

El Estado ecuatoriano por disposición constitucional está obligado a promover, incentivar, la corresponsabilidad tanto de la madre como del padre, y además debe vigilar que se cumplan todos los deberes y derechos que sean recíprocos entre madres, padres hijas e hijos. Debe vigilar que se cumpla a cabalidad los deberes y derechos que son recíprocos entre padres e hijos, como lo es justamente la filiación. La relación parental o paterno-filial es el vínculo directo e inmediato (en primer grado)

Katerine Maroto-Pérez ; Eduardo Vistín-Castillo; Luis Fernando-Piñas

que une a padres e hijos y que se conoce también con el nombre técnico de filiación. (Acosta, 2017).

Se plantea como objetivo general analizar jurídicamente el derecho de visitas: práctica violatoria de derechos de los hijos y del progenitor no custodio.

METODOLOGÍA

El planteamiento realizado por los investigadores para el desarrollo de la metodología, fue a partir del enfoque cuantitativo, mediante la indagación, recolección y análisis crítico documental y referencial bibliográfico, basándose en la exploración metódica, rigurosa y profunda de diversas fuentes documentales conformadas por artículos, normas y leyes entre otros, describiendo los hallazgos encontrados. En la investigación, se ha empleado como técnica la revisión documental, la cual permite obtener información valiosa para encuadrar los acontecimientos, problemas y reacciones más usuales de personas y culturas que son objeto de análisis. (Sánchez et al, 2021). Se recurrió, además, al método inductivo-deductivo, el cual propone que para hallar una verdad se deben escudriñar los hechos y no basarse en meras especulaciones, igualmente a partir de afirmaciones generales para llegar a las específicas. (Dávila, 2006).

RESULTADOS

Cuando hablamos de deberes y derechos recíprocos, hacemos alusión también al derecho de los hijos a permanecer y a ser cuidados por sus padres, entendiéndose papá y mamá; y, por el otro lado, también padre y madre tienen los mismos derechos y obligaciones frente a sus hijos, esto es, de permanecer con ellos, cuidar de ellos y que, a criterio nuestro, este cuidado debe ser en igualdad de condiciones y de tiempo. Siendo de este modo, el padre de familia no tiene por qué “visitar” a sus hijos, ni verlos cada quince días, ni mucho menos cuando se le antoje a la madre o al juzgador; sino que, por el contrario, tiene todo el deber y el derecho constitucional, de permanecer con ellos en todo momento y tiempo.

Katerine Maroto-Pérez ; Eduardo Vistín-Castillo; Luis Fernando-Piñas

El término “visitas” actualmente vigente en el país, es enteramente grotesco, discriminatorio, lacerante de derechos tanto de los niños, niñas y adolescentes, como de los progenitores no custodios. Es importante cambiar de mentalidad y avanzar en el goce de los derechos familiares, teniendo en cuenta que, tras un divorcio o separación lo que se acaba ventajosamente es una relación sentimental consumida e inservible; pero, lo que jamás terminará es la relación parento-filial, que dura para toda la vida; y, que es ello precisamente lo que la legislación ecuatoriana debería cuidar. Al establecer la Carta Magna el reconocimiento del principio de corresponsabilidad parental, no se debería aceptar que el padre de familia se constituya en un simple o mero visitador, como lo establece el artículo 122 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. La custodia monoparental, la única aplicada en nuestro país de acuerdo a nuestra legislación, en todas las situaciones de crisis familiar, no aporta al fortalecimiento de las relaciones parento filiales, al contrario, ocasiona que las relaciones afectivas entre el hijo y el padre que no posee la custodia desaparezcan. (Acosta, 2017).

Todos los autores investigados sostienen que el “régimen de visitas” previsto en el Código de la Niñez y Adolescencia es beneficioso para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes; y, salvaguarda el derecho del padre de familia para no alejarse de su prole. Sin embargo, para los investigadores es todo lo contrario; esto es, que tal régimen viola el derecho de los miembros de las familias disgregadas, por la razón de que no permite que el padre de familia haga efectivo el principio constitucional de la corresponsabilidad parental, que es lo que mejor se ajusta hoy en día al interés superior del niño. El padre de familia tiene el deber y el derecho de cuidar de sus hijos, no de visitarlos.

CONCLUSIONES

El derecho de familia necesita reestructurarse, sobre todo en lo atinente al principio constitucional de la corresponsabilidad parental. Además, se requiere de forma urgente una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia en donde se incluya un

Katerine Maroto-Pérez ; Eduardo Vistín-Castillo; Luis Fernando-Piñas

procedimiento para que el padre de familia no custodio acceda efectivamente a la corresponsabilidad parental.

FINANCIAMIENTO

No monetario.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Regional Autónoma de los Andes, Riobamba; por motivar el desarrollo de la Investigación.

REFERENCIAS CONSULTADAS

- Acosta, E. (2017). El interés superior del niño y la custodia compartida. [The best interests of the child and shared custody]. Trabajo de titulación previo a la obtención del Título de Abogado. Universidad Técnica de Ambato. Recuperado de: <https://n9.cl/itokd>
- Arroyo Ortega, A. (2018). Protección integral de niños y niñas: perspectivas políticas para la construcción de paz. Aletheia. [Integral protection of children: political perspectives for peace building. Aletheia]. *Revista de Desarrollo Humano, Educativo y Social Contemporáneo*, 10(1), 58-77. Recuperado de: <https://n9.cl/gq74g>
- Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, (2008). Constitución de la República del Ecuador. [Constitution of the Republic of Ecuador]. Montecristi. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. Recuperado de <https://n9.cl/sia>
- Cardona Marín, Á., Ángel Franco, M. y Molina Velásquez, D. (2008). Situaciones conflictivas que propician las transformaciones familiares. [Conflictual situations that lead to family transformations]. *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, 25. Recuperado de: <https://n9.cl/g03od>
- Congreso Nacional. (2014). Código de la niñez y adolescencia. [Childhood and Adolescence Code]. Quito. Recuperado de: <https://n9.cl/y13e>
- Corte Constitucional del Ecuador (2015). Sentencia No. 064-15-SEP-CC. Caso N.º 0331-12-EP. [Ruling No. 064-15-SEP-CC. Case No. 0331-12-EP]. Recuperado de: <https://n9.cl/2q8tc>

Katerine Maroto-Pérez ; Eduardo Vistín-Castillo; Luis Fernando-Piñas

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. [Advisory Opinion OC-17/2002 of August 28, 2002]. Recuperado de: <https://n9.cl/sdqfr>

Dávila Newman, G. (2006). El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales. [Inductive and deductive reasoning within the research process in experimental and social sciences]. *Laurus*, 12(Ext),180-205. Recuperado de: <https://n9.cl/nx847>

Heredia, J. (2017). La preferencia de la madre en la custodia de los hijos, vulnera el Principio de corresponsabilidad establecido en la Constitución de la República del Ecuador. [The preference of the mother in the custody of the children violates the Principle of co-responsibility established in the Constitution of the Republic of Ecuador]. Trabajo de Titulación previo a la obtención del grado de Abogado. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Recuperado de: <https://n9.cl/50lz7>

Sánchez Bracho, M., Fernández, M., y Díaz, J. (2021). Técnicas e instrumentos de recolección de información: análisis y procesamiento realizado por el investigador cualitativo. [Data collection techniques and instruments: analysis and processing by the qualitative researcher]. *Revista Científica UISRAEL*, 8(1), 107–121. <https://doi.org/10.35290/rcui.v8n1.2021.400>