



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

**ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS
INTERNACIONALES EN TORNO A LA TENENCIA Y
RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES, Y SU APLICABILIDAD EN LA
NORMATIVA ECUATORIANA**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE
LA REPÚBLICA**

AUTOR: GIOVANNI PAOLO VIRANO GONZÁLEZ

DIRECTOR: DR. IVÁN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO

CUENCA - ECUADOR

2021

*Yo me gradué en
los 50 años de La Cato!
... y sostuve la Universidad*



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN TORNO A LA TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, Y SU APLICABILIDAD EN LA NORMATIVA ECUATORIANA

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

AUTOR: GIOVANNI PAOLO VIRANO GONZÁLEZ

DIRECTOR: DR. IVÁN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO

CUENCA - ECUADOR

2021

Yo me gradué en los 50 años de La Cato! ... y sostuve la Universidad

ÍNDICE

ÍNDICE	I
TÍTULO EN ESPAÑOL E INGLÉS	III
RESUMEN	1
PALABRAS CLAVES	1
ABSTRACT	2
KEYWORDS	2
INTRODUCCIÓN	3
METODOLOGÍA.....	5
DESARROLLO.....	6
1. Los instrumentos internacionales de protección de derechos de la niñez y adolescencia y su aplicabilidad en la tenencia y régimen de visitas.....	6
1.1 Contextualización.....	6
1.1.1 Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones.....	7
1.2 Declaración de Ginebra respecto a los Derechos del Niño del año 1924.....	9
1.3 Declaración de los Derechos del Niño (1959).....	10
1.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica (1969).....	12
1.5 La Convención Sobre los Derechos del Niño (1989).....	14
2. La tenencia y el régimen de visitas, una mirada conceptual y doctrinaria	18
2.1 La tenencia	18
2.2 Análisis de la tenencia y régimen de visitas en el Código Orgánico de la Niñez y la adolescencia del Ecuador.....	22
2.3 Vulnerabilidad y perspectivas en el derecho de familia.....	25
2.4 Retos y perspectivas.....	26
3. Las observaciones comité de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescente frente al régimen de visitas y la tenencia	29
3.1 Observaciones del comité de los derechos del niño al informe quinto y sexto combinados del Ecuador (CRC/C/ECU/5-6) septiembre 2017 .	30

3.2 Observaciones del Comité de los derechos del niño al cuarto informe periódico de Ecuador al (CRC/C/ECU/4) de fecha marzo del 2010.....	33
3.3 Observaciones del Comité de los derechos del niño al segundo y tercer informe periódico de Ecuador (CRC/C/65/Add.28) de fecha septiembre del 2005.....	35
CONCLUSIONES.....	37
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	39
ANEXOS	43

TÍTULO

“Análisis de los instrumentos internacionales en torno a la tenencia y régimen de visitas de los niños, niñas y adolescentes, y su aplicabilidad en la normativa ecuatoriana”

TITLE

“Analysis of the international instruments regarding the tenancy and visiting arrangements of children and adolescents and their applicability in the ecuadorian regulations”

RESUMEN

El presente estudio consiste en un análisis investigativo de los instrumentos internacionales de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes en torno a la tenencia y régimen de visitas como instituciones jurídicas del derecho de familia y su aplicabilidad en la normativa ecuatoriana. El estudio es de tipo cualitativo, se utiliza la descripción, el análisis y la síntesis mediante el método inductivo deductivo. Las fuentes de información fueron doctrinales, legales y jurisprudenciales, permitiendo tener un resultado conclusivo desde la óptica de las fuentes de derecho. Se defiende la idea de que la falta de aplicabilidad de los instrumentos internacionales de protección de derechos en los procesos de tenencia y régimen de visitas en el Ecuador vulneran los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

PALABRAS CLAVES: INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, TENENCIA, RÉGIMEN DE VISITAS.

ABSTRACT

This study consists of a research analysis of the international instruments for the protection of the rights of children and adolescents regarding custody and visitation as legal institutions of family law and their applicability in Ecuadorian law. The study is qualitative, using description, analysis, and synthesis through the inductive-deductive method. The sources of information were doctrinal, legal, and jurisprudential, allowing to have a conclusive result from the point of view of the sources of law. It defends the idea that the lack of applicability of international instruments for the protection of rights in the processes of tenancy and visitation in Ecuador violates the rights of children and adolescents.

KEYWORDS: INTERNATIONAL INSTRUMENTS, TENANCY, VISITING ARRANGEMENTS.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene como antecedentes fundamentales el desarrollo evolutivo de la normativa internacional de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, así como también la normativa nacional ecuatoriana respecto a la protección del menor de edad en las relaciones de familia, fundamentalmente frente al contexto de protección de sus de derechos en las relaciones paterno y materno filiales.

Los problemas fundamentales que se presentan en las dinámicas familiares incurren fundamentalmente en las instituciones jurídicas de la tenencia y el régimen de visitas. Las dos instituciones del derecho de familia revisten de fundamental importancia toda vez que están vinculadas al ejercicio de otros de derechos de la infancia, y a su vez el ejercicio de las obligaciones parentales de los progenitores con los hijos.

El panorama internacional de protección de derechos ha presentado avances significativos en torno al desarrollo jurisprudencial y doctrinario, sin embargo en la práctica jurídica nacional persisten los conflictos en las relaciones del derecho de familia, tal es el caso que han surgido numerosos grupos de hombres y mujeres que luchan por la igualdad y reclaman una administración de justicia en igualdad de condiciones y con enfoque de derechos y no discriminación entre ellos, particularmente en la asignación de la tenencia de los hijos y en el régimen de visitas con sus padres no custodios.

Es así como se ha llegado a cuestionar la eficacia y la aplicabilidad de los instrumentos internacionales en el régimen jurídico ecuatoriano, siendo objetado como factor de riesgo que podría vulnerar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en torno a la tenencia y régimen de visitas.

Desde esta óptica introductoria, en este estudio se tiene como idea a defender que la falta de aplicabilidad de los instrumentos internacionales de protección de derechos en los procesos de tenencia y régimen de visitas en el Ecuador vulneran los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para defender esta idea se ha planteado analizar los instrumentos

internacionales en torno a la tenencia y régimen de visitas de los niños, niñas y adolescentes, y su aplicabilidad en la normativa ecuatoriana.

METODOLOGÍA

El tipo de estudio fue el cualitativo toda vez que se buscó analizar los diversos criterios y enfoques desde las diferentes fuentes de información mediante el método descriptivo que permitan estudiar los conceptos, leyes, principios, criterios, recomendaciones jurídicas, doctrinas, entre otros elementos importantes.

El alcance de la investigación es de tipo descriptiva y analítica debido a que se describen las características de un conjunto de conceptos y definiciones desde varios escenarios posibles y con varias perspectivas en torno a las instituciones jurídicas planteadas, se estudian las diferentes corrientes o doctrinas de pensamiento jurídico tales como las doctrinas del dador de cuidados, interés superior del niño, co-custodia, entre otros.

Por una parte, mediante el método analítico-sintético se pudo recolectar toda la información respecto a los instrumentos internacionales para proceder a analizar sus limitaciones, sus alcances, su vinculación con el derecho interno ecuatoriano, y por otra parte identificar las instituciones de la tenencia y el régimen de visitas en la legislación ecuatoriana para posteriormente revisarla por separado cada una de ellas y pasar a relacionarlas y sistematizar la información recopilada e ir estructurando las ideas en torno a la aplicabilidad en el derecho interno y una posible vulneración de los derechos de niños/as y adolescentes.

La inducción se realizó a partir del estudio de las normas constantes en los instrumentos internacionales respecto a la tenencia y visitas y de la misma manera en la legislación ecuatoriana, por otro lado también se aplicó la inducción a partir de la información encontrada en las recomendaciones y observaciones del Comité de los Derechos del Niño y de otras fuentes encontradas tales como las sentencias de Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto permitió conocer la situación en torno al objeto de estudio e identificar el estado y necesidad de la aplicabilidad de los instrumentos internacionales en los procesos de tenencia y régimen de visitas en la legislación ecuatoriana cumpliendo con los objetivos planteados.

DESARROLLO

1. Los instrumentos internacionales de protección de derechos de la niñez y adolescencia y su aplicabilidad en la tenencia y régimen de visitas

1.1 Contextualización

El artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados es el fundamento jurídico en donde se manda a observar el principio *pacta sunt servanda*, el cual significa que todo instrumento jurídico en el cual se contraen obligaciones entre estados partes debe ser cumplido de buena fe. Ecuador es parte de este tratado y por tanto está obligado a respetarlo.

Varios son los instrumentos internacionales de protección a la infancia, entre ellos tenemos los celebrados previo a la Convención sobre los Derechos del niño de 1989. Principalmente los instrumentos que precedieron a la Convención sobre los derechos del niño están: La carta de las naciones unidas de 1945, la Declaratoria Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración de Ginebra respeto a los derechos del Niño del año 1924, la Declaración de los derechos del niño de 1959, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

Respecto a los instrumentos de protección de derechos de la infancia podremos encontrar variedad de ellos toda vez que cada organización de protección a la niñez y adolescencia ha trabajado para materializar y viabilizar los derechos constantes en las normas jurídicas internacionales en torno a las diversas circunstancias que podrían encontrarse en conflicto el derecho de la infancia. De la consulta a la base de datos de los órganos de los tratados de las Naciones Unidas se desprenden los siguientes instrumentos firmados y ratificados por el Ecuador:

1.1.1 Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones

 Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones		
Tratado	Fecha de firma	Fecha ratificación, adhesión (a), sucesión (b)
CAT - Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.	04 feb. 1985	30 mar. 1988
CAT-OP - Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.	24 may. 2007	20 jul. 2010
CCPR - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	04 abr. 1968	06 mar. 1969
CCPR-OP2-DP - Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos destinado a abolir la pena de muerte.		23 feb. 1993 (a)
CED - Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.	24 may. 2007	20 oct. 2009
CED, Art.32 - Comunicaciones interestatales en virtud de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.		

CEDAW - Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer.	17 jul. 1980	09 nov. 1981
CERD - Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.		22 sep. 1966 (a)
CESCR - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	29 sep. 1967	06 mar. 1969
CMW - Convención Internacional sobre la protección de derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.		05 feb. 2002 (a)
CRC - Convención sobre los Derechos del Niño.	26 ene. 1990	23 mar. 1990
CRC-OP-AC - Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.	06 sep. 2000	07 jun. 2004
CRC-OP-SC - Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.	06 sep. 2000	30 ene. 2004
CRPD - Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.	30 mar. 2007	03 abr. 2008

Fuente: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=53&Lang=SP

1.2 Declaración de Ginebra respecto a los Derechos del Niño del año 1924

Se constituye en uno de los hitos más importantes de los derechos de la infancia que precedió a la Convención, no obstante, históricamente no resultó ser el más eficaz para los estados debido a su falta de coacción jurídica vinculante entre los miembros contratantes. De la misma manera, resultó ser un instrumento escueto en su articulado, pues en sus únicos cinco artículos existe una regulación jurídica restrictiva y discriminante en torno a su calidad de persona y sujeto de derechos. Esta declaración es la muestra más evidente de una concepción protectora de la infancia en término de visibilizar a los niños como objetos de protección y no como sujetos de derechos.

A pesar de aquello, en su breve articulado se pueden notar el fin que persigue el espíritu de la ley. En su artículo 1 manda: "El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual" (Sociedad de Naciones Unidas , 1924). En este articulado se pueden evidenciar la necesidad primogénita de generar los espacios y condiciones necesarias para promover el desarrollo evolutivo de la infancia, condiciones que no dejan de ser familiares, aquellas que versan directamente sobre sus hogares y particularmente sobre sus progenitores (Tiana , sf).

Este hecho ha motivado a la Asamblea General de la Naciones Unidas a emitir directrices para proteger a los niños en la separación de sus padres y otros familiares como son sus abuelos, tíos o hermanos. Es así que desde el 20 de noviembre de 1985, mucho antes de la Convención de los derechos del niño la Asamblea General de la ONU ha trazado el camino por el cual las autoridades judiciales y administrativas deban transitar al momento de resolver cuestiones relativas a niños separados de su núcleo familiar, instrumento jurídico internacional que en la práctica judicial se ha limitado a regular sobre el acogimiento familiar e institucional de los menores de edad antes que ser aplicado en los procesos de tenencia y régimen de visitas, sin embargo es pertinente indicar que estas directrices

deben ser acogidas bajo el amparo del Artículo 11 del cogido Orgánico de la Niñez y Adolescencia y ser vinculantes a los procesos en donde se vean los niños privados de sus lasos de familia.

Al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados ante todo a lograr que el niño permanezca o vuelva a estar bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, de otros familiares cercanos. El Estado debería velar por que las familias tengan acceso a formas de apoyo en su función cuidadora (Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de niños-ONU-, 2009. Directriz 3).

1.3 Declaración de los Derechos del Niño (1959)

La Declaración de los Derechos del Niño es también el antecedente jurídico tenido en cuenta para los posteriores instrumentos jurídicos, por lo tanto, en este cuerpo normativo no existe mayor regulación sino por lo contrario se establecen únicamente los principios fundamentales en la aplicación del derecho de la infancia y familia.

Entre los principales principios regulados está el de igualdad, protección especial, tratamiento especial, comprensión y amor de ambos padres (Organizacion de las Naciones Unidas, 1959). Los principios mencionados obligan entonces a que cada estado deba velar por sus derechos y en específico a legislar aquellas instituciones con claridad y especificidad para poder cumplir con el cuidado de ambos padres, situación que en la práctica jurídica es cuestionada duramente.

Así, es sorprendente que en el contexto actual de la sociedad y el corpus iuris existente persistan estereotipos en contra de mujeres y hombres con respecto a la asignación del cuidado de los hijos. Para evidenciar aquello que se expone bastará con pasar a revisar uno de los párrafos de los principios sobre los cuales se sustenta la Declaración de los derechos del niño, veamos:

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso en un

ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre (Organización de las Naciones Unidas, 1959).

Es quizá inspirado en este principio que en la doctrina consta el “principio de los años tiernos”, parámetro en base al cual la legislación ecuatoriana se ha regulado la preferencia materna en la asignación de la tenencia a las madres, personas calificadas mayormente aptas para cuidar de los niños, enfoque en base al cual inclusive se ha justificado el rol de cuidado en la mujer y la negación de tal derecho al varón. Sin duda esta doctrina antes citada actualmente no podría ser acogida bajo la luz del principio del interés superior del niño en los actuales tiempos.

Esta realidad fue resuelta muchos años más tarde, dentro del caso *Fornerón vs Argentina* (tenencia), la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió en su párrafo 45 “...el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar...” (Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 45, 2012), posteriormente la misma corte dentro de la causa expone con claridad meridiana lo siguiente:

La Corte ha señalado que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 50, 2012).

Nótese entonces que la sentencia expuesta rompe con la doctrina de los años tiernos en el cual se le considera a la madre como mayor referente de formación de los hijos, y a su vez ratifica la aplicación y adecuada

interpretación del principio del interés superior del en los procesos de convivencia familiar, siendo necesario entonces que la normativa internacional readecue su terminología en consonancia al nuevo enfoque y doctrina de protección integral de la niñez y adolescencia.

1.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto san José de Costa Rica (1969)

Fue ratificada por el estado ecuatoriano el 8 de diciembre del 1977, el instrumento jurídico internacional tiene como fin directo la protección del niño/a y adolescente en las relaciones de familia, en específico en sus artículos 17 y 19 se señala a la familia como el elemento fundamental de la sociedad y se establece el deber de todo estado a protegerla como fin último, en ese mismo sentido obliga al estado a tomar medidas de protección para proteger sus derechos. En general, se manda lo siguiente:

Artículo 17 numeral 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, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

Artículo 19.- Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

Veamos cada uno de sus elementos en el siguiente análisis:

Como primer aspecto a tener en cuenta es que la norma es imperativa y no facultativa, por lo que los jueces y juezas deben aplicarla de forma obligatoria. En segundo lugar, se deberán tener en cuenta que las medidas dictadas para proteger los derechos de los niños y niñas deberán ser las apropiadas y no medidas que no se puedan cumplir. Posteriormente se indica que las autoridades aseguraran la igualdad de oportunidades y equivalencia de responsabilidades durante y después de la convivencia

familiar, esto significaría que ninguna norma debería considerar la condición de sexo o género para la determinación de los derechos de tenencia o visitas de los hijos, situación que recibe especial atención al ser tema de estudio en este trabajo investigativo.

Posterior a la separación se indica que el estado deberá asegurar su protección a la familia en base al principio del interés superior del niño, mandamiento que en la realidad judicial de los procesos no se evidencian ser aplicados pues los procesos seguidos por las partes procesales no son mirados de manera humano sino por lo contrario de forma litigiosa, conducta reprochable bajo el enfoque de la doctrina de protección integral, realidad que ha generado contexto de desigualdad que es de la misma manera contrario a lo que manda el Pacto de San José de Costa Rica:

Artículo 24.- Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

Es idóneo también en este apartado realizar un abordaje en torno al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), instrumento jurídico que antecede a la normativa en análisis, exponerlo en breves rasgos es la intención en este estudio, fundamentalmente en lo que tiene que ver con la igualdad jurídica de las personas participantes en un proceso de familia, así, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere “a la igualdad ante los tribunales y al derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 14).

La finalidad de esta normativa es equiparar la igualdad de oportunidades en el acceso a la justicia entre padre y madre y otros participantes del proceso de familia, a ser escuchado de forma técnica y con todas las garantías que emanan de las normativas conexas de forma imparcial y objetiva (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, 2012).

1.5 La Convención Sobre los Derechos del Niño (1989)

El Ecuador firmó el 26 enero de 1990 la adhesión a la convención de los derechos del niño, la misma fue ratificada en fecha 23 marzo del mismo año, época desde la cual se encuentra en vigencia para la aplicación en nuestro estado.

Se constituye en el principal instrumento internacional de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Fue aprobada en Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de noviembre, día 20 del año 1989, posterior a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, luego de haber surgido el trascurso de un periodo de diez años de su discusión en el seno de las Naciones Unidas.

En la actualidad la denominación no responde a un concepto integrativo pues basta ver su nombre para sentir la ausencia del género femenino, así como no considera el desarrollo evolutivo de la infancia omitiendo la inclusión de la adolescencia. La convención busca integrar al niño, niña y adolescente en su calidad de persona, en consonancia con la doctrina de protección integral, dejando de lado a la mal llamada doctrina de la situación irregular que fue acogida durante muchos años en las legislaciones anteriores.

El ejercicio conjunto de la responsabilidad parental se ha consolidado como régimen de cuidado de los hijos luego de la ruptura matrimonial, no solo en la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales de familia, sino también en los acuerdos entre las partes, lo que demuestra que constituye el sentir de los protagonistas que el legislador debe respetar y reconocer. (Gil, Fama, & Herrera, 2007, p. 153).

En el artículo 18 se hablan de responsabilidad “común” entre padre y madre, es decir desde un concepto de igualdad, tal responsabilidad abarca todos los aspectos en general que un hijo requiere para su formación y desarrollo integral.

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo

del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. (Convención de los Derechos del Niño, 1989. Art. 18-Nral.1).

La obligación de reconocimiento igualitario es reconocida por la Constitución del Ecuador conforme manda la Convención. Es en el Artículo 69 numeral 1 de la Constitución ecuatoriana en donde podemos ver que el legislador lo ha elevado a rango constitucional.

En el Ecuador, el derecho de cuidado de los hijos permanece en su mayoría de veces con las mujeres, quienes a su vez se encuentran en condiciones de desigualdad social y económica en relación a sus ex parejas, estas últimas que representan un porcentaje menor en relación a las mujeres estarían prohibidos del derecho de cuidado de sus hijos y a su vez en la mayoría de casos restringidos del derecho de visitas.

Los datos expuestos por Vásconez (2012) revelan esta realidad:

Los hogares monoparentales, de ser 21% del total se han convertido en el 31% en el 2008 y de éstos, el 70% tienen mujeres jefas de hogar; la mayor parte de ellas están en los quintiles de menores ingresos y en la zona rural, por tanto, en sectores en donde existe menos empleo, menos educación y mayor rezago salarial (p.101).

Pero el asunto no solamente se queda en meros enunciados jurídicos de las legislaciones analizadas, van aún más allá de aquello. Basta revisar el articulado que regula la tenencia de los hijos en las relaciones de familia y podremos notar en ello la legitimación de los roles de cuidado de los hijos con las madres y a su vez la inconstitucionalidad de facto en las normas que regula esta institución jurídica en el Código de la Niñez y la Adolescencia (2013), pues en él se establecieron preferencias maternas basadas en la doctrina de los años tiernos de los hijos y el ideario de que la mujer es la mejor persona para cuidar de los hijos, situación que contradice lo que se mandan en los instrumentos internacionales en estudio.

Desde otro punto de análisis, la realidad expuesta estadísticamente nos lleva a reflexionar sobre las limitaciones para el cuidado y visitas de los hijos con las madres que ostentan su cuidado, basta fijarse en la dependencia doméstica de las mujeres para observar sus limitaciones económicas, políticas, laborales y uso del espacio público que les empoderen en sus derechos, situación que es reconocida por la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 18 numeral 2.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños (p.2).

El numeral 2 del artículo citado nos lleva a reflexionar respecto a la capacidad estatal de los países en dotar a las familias de estos espacios de asistencia a fin de que puedan desempeñar sus funciones de manera adecuada, sin que su ausencia limiten el ejercicio de los derechos del niño y de sus progenitores, estos espacios son los denominados entornos de guarda, lugares que en el caso ecuatoriano no existen y que deben ser considerados por parte de las carteras de estado competentes en la materia.

Desde otro sentido de análisis, en el artículo 7 de la Convención se refiere al derecho de cuidado de los hijos en igualdad de condiciones, fundamentalmente el derecho a conocer a su padre y madre y a ser cuidado por ellos. El articulado tiene su fundamento y razón de ser debido a que en la práctica judicial se puede conocer variedad de casos en los cuales el niño no es reconocido por su padre llevando a la madre a instaurar procesos judiciales para obtener el reconocimiento de la paternidad de su hijo/a, o en su defecto, padres que conociendo la falta de vínculo con su hijo lo reconocen como tal y posteriormente impugnan su paternidad. En ambos casos se puede evidenciar claramente la vulneración de los derechos a la identidad de los niños quienes tienen que concurrir a la

justicia junto a sus representantes legales para hacer respetar sus derechos.

Uno de los principales artículos en interés para este análisis es precisamente el número 2 de la convención, en el mismo se legisla respecto a las características o condiciones de los niños niñas y las de sus padres, atributos de la personalidad que no pueden ser motivos para restringir el cumplimiento y respeto de los derechos de los niños principalmente, tal es el caso de las visitas y la tenencia.

En este sentido concuerda el análisis realizado por la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos de Guatemala en la versión comentada de la Convención de los derechos del niño, cuando expone:

La discriminación se origina, entre otras cosas, en el argumento de que hay sectores que no están en capacidad de defender sus derechos; por ello, el reconocimiento de la niñez como una categoría jurídica, capaces de participar en el mundo del derecho como sujetos de obligaciones y facultades, que es un elemento fundamental de la doctrina de protección integral, rompe con ideas equivocadas de la sociedad y el Estado sobre la niñez (Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos , 2011. p.16).

Es de resaltar la importancia de las recomendaciones que realizan Steiner & Chirtine, (2019) citando las observaciones generales numero 7 el Comité de los derechos del niño (2005) que en su párrafo 18 sintetiza la realidad de los niños y niñas que viven expuestos ante el conflicto familiar de sus padres, en este sentido se muestra una realidad común quizá tal olvidada por las autoridades judiciales, así se expone:

(...) Los Estados partes deberán respetar la supremacía de padres y madres. Ello implica la obligación de no separar a los niños de sus padres, a menos que ello vaya en favor del interés superior del niño. Los niños pequeños especialmente vulnerables a las consecuencias adversas de las separaciones debido a su dependencia física y vinculación emocional con sus padres o tutores. También son menos

capaces de comprender las circunstancias de cualquier separación. Las situaciones que tienen más probabilidades de repercutir negativamente en los niños pequeños son la negligencia y la privación de cuidados parentales adecuados; la atención parental en situaciones de gran presión material o psicológica o de salud mental menoscabada; la atención parental en situación de aislamiento; la atención que es incoherente, acarrea conflictos entre los padres o es abusiva para los niños; y las situaciones en las que los niños experimentan trastornos en las relaciones (inclusive separaciones forzadas) (Steiner & Chirtine, 2019. p.555).

2. La tenencia y el régimen de visitas, una mirada conceptual y doctrinaria

2.1 La tenencia

En la legislación ecuatoriana no existe una definición específica en torno al término tenencia dentro del derecho de familia. El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2013) lo regula a partir del artículo 118 de la siguiente manera:

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 (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2013, Artículo 118).

Independiente de aquello, es importante empezar indicando que la tenencia es un concepto caduco, despectivo y su regulación es discriminatoria. Veamos por qué razones:

Desde el derecho Romano hasta nuestros días el término ha sido concebido desde una visión despectiva, en este sentido concuerda López del Carril (1999) para quien la tenencia es un término inadecuado para su utilización en el derecho de familia, en especial para las relaciones parento filiales. López expone que la improcedencia del término se debe a que la tenencia hace referencia a la posesión material de las cosas por lo que el

termino adecuado y correcto en el derecho de familia es la palabra guarda, toda vez que la misma palabra es alusiva a los derechos y funciones en las relaciones paterno filiales.

En contraposición a lo manifestado por el autor de este estudio y en consonancia con López del Carril (1999), se presentan contraposiciones doctrinarias al respecto, tal es el caso del criterio de Judith S. Wallerstein y Sandra Blakeslee (1990) quienes clasifican a la tenencia desde un punto de vista legal y físico: en primera instancia, desde un punto de vista legal indican las autoras que la tenencia se refiere a los atributos del ejercicio de la patria potestad; y posteriormente desde un punto de vista físico la tenencia se refiere a quien ostenta el cuidado del hijo/a, en referencia a la convivencia del menor de edad con uno de sus padres, siendo la conclusión de que la tenencia como termino podría verse entendida desde un punto de vista compartido.

En este sentido, en consonancia con el criterio del Dr. Juan Pablo Cabrera Vélez (2008) se puede concluir que la tenencia es una facultad de la guarda la misma que consiste en el cuidado más o menos permanente y no definitivo de los hijos con uno de sus padres, sin que esto implique las limitaciones a la patria potestad que el otro ostente sobre sus hijos.

Ahora bien, la tenencia es una institución jurídica que está presentando diversos debates en torno a la regulación compartida por ambos progenitores, tal como lo analizamos desde la visión doctrinal. Es así que cabe citar las expresiones doctrinales con más profundidad.

Mizrahi (1998) aporta con sus puntos de vista respecto de la custodia compartida e indica percepciones discriminantes desde el punto de vista de este investigador, el criterio del citado autor indica que la custodia compartida violenta el principio de estabilidad de con convivencia provocando desarraigo domiciliario constante y a su vez una confusión de roles, pues obligaría al padre a ejercer funciones maternas y a la madre funciones paternas, criterio que es del todo descabellado en un contexto de igualdad jurídica y lucha constante en contra la igualdad de los géneros, manifestación que en nada aportaría a la lucha para la no discriminación

entre hombres y mujeres, pues se estaría perpetuando roles de género por medio de la misma norma jurídica.

Contrario a este criterio Stilerman (2002) expone que la custodia compartida resulta favorable para los hijos cuando por su edad están en capacidad de adaptarse a los entornos sin verse perjudicados en sus derechos y calidad de vida, hábitos y costumbres. A este criterio me adhiero personalmente, sin embargo, agrego una consideración particular y fundamental, que cada caso debe considerar en entorno familiar de los progenitores, con especial atención e indagar relaciones de poder desigual entre los padres a fin de evitar abusos y ejercicio de violencia que irían en desmedro de los desechos e interés de los niños y niñas.

Por su parte, estudios de Quezada, P (2018), Tapia, D (2019) y Ortiz, A (2018) exponen la presencia de estereotipos de género en los proceso de tenencia regulados en la legislación del Ecuador, para los autores citados la tenencia es una institución jurídica que requiere reformas urgentes toda vez que perpetúan los roles de género en la mujer provocando desigualdades formales y materiales que terminan generando contextos de discriminación al momento de aplicar la ley. Los autores fundamentan sus conclusiones en los casos analizados internacionalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en las fuentes doctrinales de varios autores entre ellos Facio, A (1999), Huaita, M (1999), Ávila, R (2012), y otros.

Finalmente, es pertinente citar a Kielmanovich (2007) quien recomienda que en todo proceso judicial en donde se discuta la tenencia de los niños, el juzgador deba tener una especial consideración para precautelar al estado actual de las cosas mientras dure el proceso de litigio familiar, desde luego que con sus excepciones primordiales en casos excepcionales en que un niño o niña corra peligro. Así lo expone “el criterio cautelar en materia de tenencia de menores debe contemplar muy especialmente el mantenimiento del estado de las cosas mientras dure el proceso, salvo que circunstancias extraordinarias aconsejen apartarse de esa solución” (Kielmanovich, 2007, p. 239).

El régimen de visitas.- En la legislación ecuatoriana el régimen de visitas no tiene una definición taxativa, está regulado de la siguiente manera:

Obligatoriedad. - En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija.

Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, psicológica o sexual, el Juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intrafamiliar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2013).

Meroi (2015) define al régimen de visitas como aquel derecho y al mismo tiempo aquel deber de los padres que consiste en “la adecuada comunicación por parte de quien no tiene el cuidado de los hijos menores de edad” (Meroi, 2015, p. 420).

Grosman (2015) en su análisis sobre el derecho de familia, estudia el derecho-obligación de las visitas también denominado en otras legislaciones como el derecho de comunicación de padres a hijos. La autora cita el Código Civil y Comercial de la nación –Argentina-, específicamente en su artículo 556 y 557 exponiendo que su fin es regular el contacto comunicacional que deben regirse los progenitores en caso de separación de, sean dentro o fuera del matrimonio civil. Se manda en el articulado -como sujetos obligados a permitir el contacto- a todos aquellos que tengan el cuidado de los hijos. Como sujetos de derechos están los niños y niñas quienes se benefician de las relaciones personales con sus ascendientes, descendientes hermanos bilaterales o unilaterales o parientes en afinidad, sin embargo, la norma citada extiende el derecho a cualquier otra persona que pueda tener un interés legítimo en la comunicación.

Grosman y Herrera (2010) exponen también criterios doctrinarios y jurisprudenciales sobre el derecho de comunicación, indicando que el mismo es parte del derecho de la personalidad, exponen que el mismo es valioso para los hijos y que en todo proceso se debe atender su interés superior, comprendiendo al mismo a aquella interpretación de la autoridad dirigida a satisfacer las necesidades especiales de los niños y niñas, principalmente a aquellas relacionadas con el despliegue de sus potencialidades afectivas y materiales, finalizan indicando que el lazo entre padres e hijos debe preservarse a la luz de los derechos humanos pues es parte del desarrollo del derecho a la identidad.

Las situaciones fácticas que puede presentarse en la práctica judicial rebasan las regulaciones jurídicas de los cuerpos normativos, podemos encontrar así caso en los cuales los hermanos afines o consanguíneos demanden el régimen de visitas sobre sus hermanos menores de edad, recordando que los adolescentes pueden ejercer sus derechos con plenitud ante el órgano judicial, así lo manda el Código Orgánico de la Niñez y la adolescencia en su Artículo 124: “Extensión.- El Juez extenderá el régimen de visitas a los ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de la línea colateral, en las condiciones contempladas en el presente título. También podrá hacerlo” (Congreso Nacional del Ecuador, 2013, Artículo 124).

2.2 Análisis de la tenencia y régimen de visitas en el Código Orgánico de la Niñez y la adolescencia del Ecuador

En cuanto a la institución jurídica de la tenencia se puede evidenciar de varios estudios citados (Quezada, P (2018), Tapia, D (2019) y Ortiz, A (2018)) que las reglas que manda el Artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia contienen estereotipos de género que vulneran el principio de igualdad entre hombres y mujeres y muestra literalmente la preferencia materna sobre la tenencia de los hijos a la mujer.

La preferencia materna se constituye por lo tanto en un acto de discriminación real que además violenta el principio del interés superior del niño/a regulado en el Art. 11 del Código Orgánico de la Niñez (2003), toda

vez que la consideración “especial” que manda la norma es tener en cuenta la “preferencia materna” por sobre el interés superior del niño/a como condición primaria. Tal consideración de manera enfática refuerza aún más el estereotipo de madre cuidadora, destinada a las actividades de formación y educación de los hijos y por ende limita a la educación, trabajo y participación política de las mujeres, y entre otras actividades disminuyen las posibilidades de su autorrealización personal y profesional.

La regla de preferencia materna es expuesta por Zaidán (2016) de la siguiente manera:

La preferencia materna no es adecuada para precautelar el bienestar del niño, desde la perspectiva de derechos porque atenta contra el principio y derecho a la igualdad y desde la perspectiva de las obligaciones porque incumple el principio de la corresponsabilidad de los dos progenitores en igual proporción que se enuncia en la Constitución para asumir la responsabilidad de crianza de los hijos (p.50).

Ahora bien, asignada la tenencia es imperioso regular el régimen de visitas, institución jurídica que resulta también mal llamada y mal regulada.

Por un lado, se reduce al progenitor no custodio a un visitante, palabra que se limita a ejercer una actividad de visita mas no de convivencia, término que resulta ser amplio y complejo pues lleva implícita variedad de funciones que incluye ejercer derechos y responsabilidades tales como la educación, la salud, la recreación, alimentación, vestido, entre otros, situación que en la práctica no se lo puede hacer en una o dos horas asignadas.

La dificultad más grande y preocupante es la ejecución del llamado régimen de visitas, pues es en este momento cuando las condiciones de desigualdad social entre hombres y mujeres se evidencian notablemente, pues el progenitor que tenga la tenencia podría limitar a conveniencia el derecho del hijo/a a tener contacto con el progenitor no custodio, vulnerando de esa manera el Artículo 22 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003) que manda:

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías.

No se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores.

En los casos de desconocimiento del paradero del padre, de la madre, o de ambos, el Estado, los parientes y demás personas que tengan información sobre aquél, deberán proporcionarla y ofrecer las facilidades para localizarlos. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003) Artículo 214).

En este escenario es en donde se suscita lo que Tapia (2020) expone en su estudio de maestría, los denominados mecanismos de obstrucción de vínculos parentales en el régimen de visitas. En su estudio el autor citado concluye:

Los principales factores incidentes en la obstrucción parental de los regímenes de visitas son los económicos, afectivos, culturales, familiares y legales. El factor familiar resulta ser el mayor de los obstáculos para el cumplimiento del régimen de visitas, la interferencia parental es el mecanismo de obstrucción parental más utilizado por el progenitor no custodio para impedir la relación paterno filial (p.57).

En esta misma línea de pensamiento coincide también Ortiz (2018) quien en su investigación indica:

Luego de la separación, el progenitor sin custodia podría verse sujeto a la voluntad de quien tiene la tenencia legal, y pasara en el mejor de los casos, a constituirse en un personaje al que se le permitirá visitas a sus niños unas pocas horas cada dos semanas y, que en peor de los escenarios, se les impedirá el contacto con ellos de manera completa de forma indefinida (p. 33-34).

Así expuesta la realidad, tenemos que las dos instituciones jurídicas estudiadas representan verdaderos desafíos para los progenitores quienes están inmersos en contextos jurídicos que poco visibilizan la realidad y en mínima medida considera el principio del interés superior como doctrina predominante en la protección integral de sus derechos, sino por el contrario, se siguen sosteniendo doctrinas como la mal denominada “de los años tiernos” que se inclina a continuar etiquetando a madre cuidadoras y padres proveedores económicos.

2.3 Vulnerabilidad y perspectivas en el derecho de familia

El concepto de vulnerabilidad reviste así fundamental importancia en la aplicación del derecho y la administración de justicia, permite identificar tales condiciones y relacionarlas con las normas. Para Fernández (2015) la vulnerabilidad como concepto sirve de elemento valioso toda vez que permite justificar las resoluciones de los órganos jurisdiccionales en la solución de los casos, justificándose en términos éticos y jurídicos las decisiones de su conocimiento.

Ahora bien, la vulnerabilidad no solo es un concepto, su alcance es más amplio. Para la UNESCO (2005), en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, en su Artículo 8 manda a tener presente a los estados el concepto de vulnerabilidad como principio ético, siendo esta norma imperativa al momento de proteger a las personas y observándose en todo momento el respeto a su integridad.

En este sentido, es importante saber aquellas condiciones que se deben observar en la administración de justicia. Como respuesta podemos decir que la condición de niñez está caracterizada por los efectos de la pobreza, la edad, la salud, la discapacidad, la orfandad, etc. Sin embargo para Solbakk (2011) no solo bastan estas condiciones, la ausencia de uno de los padres en la vida de un niño se constituye uno de los factores de vulnerabilidad determinantes en su desarrollo evolutivo, es decir, de aquellos niño privados de sus cuidados parentales, el autor señala que estas condiciones requieren de que el estado y la administración de justicia tomen acciones afirmativas para protegerlos.

Estas limitaciones no son ajenas a los resultados y criterios de los organismos internacionales quienes han mostrado su preocupación mediante las relatorías y los informes periódicos a los países miembros, así lo expresa el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) "...a pesar de estas importantes transformaciones, persisten las dificultades y los retos en traducir a la realidad los principios del derecho internacional de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, reconocidos en los marcos normativos" (p. 5).

Limitaciones. - Una de las circunstancias que preocupa y que a su vez el motivo de constantes observaciones por parte del Comité de los Derechos del Niño es la falta de capacitación de los funcionarios operadores del sistema de justicia en el país y la región, al parecer es este factor el detonante para que el organismo internacional inste insistentemente al estado ecuatoriano a crear espacios de formación de profesionales capacitados en el abordaje a la niñez y adolescencia.

Comprender que el derecho-deber de formar a los hijos es uno de los constructos más complejos de enfrentar a la hora de resolver sobre los procesos de tenencia y régimen de visitas nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de calar en la mentalidad de miles de hombres, mujeres, abuelos, profesionales del derecho y de las ciencias sociales. Para D'Antonio (2014) resolver asuntos de tenencia y visitas de niños y niñas reviste de una doble importancia, el primero de ellos consiste en otorgar al niño/a todo lo que necesite para que se desarrolle en atención a su interés superior; y el segundo, tener en cuenta el principio de igualdad en el que se encuentren sus padres para cumplir con esta obligación y deber, teniendo en cuenta que ninguno de ellos puede ser excluido, sin tener en cuenta ninguna condición sobre su titularidad, es decir sean hijos de matrimonio, de unión libre o adoptivos.

2.4 Retos y perspectivas

Uno de los principales retos en materia de derecho de familia es garantizar el cumplimiento estricto de las normas referentes a la corresponsabilidad parental entre padre y madre, tal como lo manda la

Constitución del Ecuador (2008) en su Artículo 69 numeral 1, pues nada se tiene con una constitución únicamente declarativa.

Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. (Constitución del Ecuador, 2008, Artículo 69).

Incorporar el término “cuidado” en la constitución del Ecuador implica ver estas y otras realidades, en palabras de Romo (2018) la incorporación de este término implica cuestionar y reformar la economía y el derecho desde una mirada integral, a su vez se requiere debatir:

(...) sobre horarios de trabajo y criterios de selección o ascenso laboral; la organización y contenido del sistema educativo –incluido el pre escolar–; las políticas públicas de protección social diseñadas para “familias” o “mujeres”; la contabilidad nacional; las regulaciones civiles sobre matrimonio, divorcio, tenencia, alimentos; el sistema de seguridad social y jubilación; entre muchos otros aspectos (Romo, 2018, p. 25).

En consonancia con el análisis realizado en torno a las observaciones de los informes periódicos quinto y sexto del Ecuador realizadas por el Comité de los derechos del Niño (CRC/C/ECU/CO/5-6) debo resaltar la necesidad urgente de protección de la niñez y adolescencia en torno a los castigos físicos corporales, en este sentido el comité insta a ...”que acelere la aprobación del proyecto de ley orgánica para una infancia y adolescencia libres de castigos físicos y tratos degradantes, que penaliza los castigos corporales en todos los entornos, incluidos el hogar” (Comité de los Derechos del Niño, 2017. p.8).

Es importante además que de parte de las instituciones del estado se creen espacios de cuidado de los hijos cuando sus padres trabajan, obligación estatal que emana de la Convención de los Derechos del Niño (Artículo 18 Numeral. 2, 3), siendo los mismos las denominadas

instalaciones de guarda de Niños, niñas y adolescentes, exclusivamente para sus cuidados, en este sentido la Convención manda:

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas. (Convención de los Derechos del Niño, 1989, Artículo 18)

La creación de estas instituciones o también denominados en otros países como puntos de encuentro familiar han tenido ya su acogida desde hace varios años, precisamente en estados pertenecientes a la Unión Europea es en donde se han creado ya espacios de servicios para las familias en condiciones de pugnas por el cuidado de los niños posterior a la Convención de los Derechos del niño.

Un ejemplo de ello es la Child Care Act inglesa de 1991, que organiza los mecanismos precisos para el seguimiento de todos los niños con problemas familiares y que han sido complementadas con otras disposiciones como la Family Law Act, que rige desde agosto de 1996 (D'Antonio, 2014. P. 129).

De acuerdo al cuarto informe analizado por el comité de los derechos del niño es importante que se cree la figura del defensor o abogado del niño/a, todo aquello en consonancia con las observaciones y recomendaciones realizadas por el Comité en la cual insta al estado a que:

a) Cree una oficina especializada en los derechos del niño dentro de la Defensoría del Pueblo, con el mandato de vigilar la aplicación de la Convención y sus Protocolos facultativos, de conformidad con los

Principios de París (resolución 48/134 de la Asamblea General, anexo) (Comité de los Derechos del Niño, 2010.p.5).

3. Las observaciones comité de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescente frente al régimen de visitas y la tenencia

Las obligaciones que se adquieren por la ratificación de las convenciones no pueden ser simples acuerdos, razón por la cual los Estados parte están en la obligación de presentar ante el Comité de los derechos del niño informes periódicos a fin de analizar los avances y limitaciones en torno al cumplimiento de sus deberes.

El Comité de los Derechos del niño está integrado por un grupo de expertos y expertas encargados de supervisar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por cada estado quienes tienen la obligación de presentar informes periódicos sobre los avances en la implementación de la Convención de los derechos del niño (1989). El Comité tiene la obligación por su parte de realizar una revisión de los informes presentados por cada estado y emitir sus observaciones y recomendaciones a cada estado informante.

Los principales aspectos a supervisar el Comité son los principios derivados de la Convención de los derechos del niño, instrumento jurídico del cual emanan las siguientes obligaciones: respetar, proteger, realizar y facilitar la garantía de todos y cada uno de los derechos específicos de cada niño, niña y adolescente, teniendo como principios de aplicación directa los siguientes: el interés superior del niño, el derecho a ser oído, a opinar y ser tenido en cuenta, el principio de igualdad y no discriminación y el principio a la vida y el desarrollo (Beltrao, y otros, 2014).

Las observaciones analizadas en este trabajo tienen que ver con aquellas realizadas después de las de 25 años de vigencia de la Convención sobre los derechos del niño, tales observaciones han sido emitidas desde el año 2001 hasta el año 2017, siendo que hasta el momento se han realizado seis informes de los cuales analizaremos únicamente desde el segundo al sexto informe toda vez que durante los

primeros años de informes emitidos no se evidencian mayores reportes del estado ecuatoriano al comité en torno a aspectos relevantes del derecho de familia ya que nuestro Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia está en vigencia desde el año 2003. El próximo informe que el estado ecuatoriano deberá presentar al comité está previsto hasta el 1 de septiembre del 2022.

3.1 Observaciones del comité de los derechos del niño al informe quinto y sexto combinados del Ecuador (CRC/C/ECU/5-6) septiembre 2017

El comité de los derechos del niño ha examinado los informes quinto y sexto combinados de Ecuador en fecha 29 de septiembre del 2017.

El comité, en las observaciones finales al informe combinado quinto y sexto, insta al estado ecuatoriano a tomar en cuenta la recomendación constante en los exámenes realizados al informe cuarto entregado por el Ecuador (CRC/C/ECU/CO/A) agregando las siguientes sugerencias de medidas de aplicación general en torno al contexto legislativo:

- a) Asegure la plena aplicación de la legislación recogida en el Código de la Niñez y Adolescencia.
- b) Velar por que cualquier reforma jurídica mantenga la especialidad del marco jurídico relativo a los derechos del niño y proteja a los niños en tanto que titulares de todos los derechos reconocidos en la Convención, independientemente de que cumplan con determinadas responsabilidades.
- c) Revise el marco normativo, incluidos el Código Civil y la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (2016) en relación a las cuestiones relativas a la identidad y la adopción, y lo ajuste a la Convención (p.6).

Con respecto a la vigilancia de aplicación de los principios generales de la Convención el comité realiza sugerencias al estado ecuatoriano para eliminar “las actitudes patriarcales y los estereotipos de género que discriminan a las niñas en todos los aspectos de la vida” (Comité de los Derechos del Niño, 2017. p.6). Estas recomendaciones mantiene

consonancia con los cuestionamientos sociales y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Alata Riffo vs Chile) así como también con varios estudios realizados por Marcela Huaita (1999), Lorena Frías y Alda Facio (1999), Ramiro Ávila (2012), Zaidan (2016) entre otros doctrinarios, que concluyen que en las normas jurídicas del Código de la niñez y la Adolescencia persisten estereotipos de género en torno al derecho de familia, fundamentalmente en torno a la vulneración del principio de no discriminación en la asignación de la tenencia de los hijos con tendencia a la preferencia materna.

El comité aborda además recomendaciones para evitar la estigmatización de los niños pertenecientes a familias monoparentales y de parejas compuestas por padres del mismo sexo, en este sentido recomienda:

b) Apruebe una estrategia, disposiciones jurídicas concretas y directrices claras para las autoridades públicas, encaminadas a defender la no discriminación contra los niños por cualquier motivo y a combatir la estigmatización de los niños de familias monoparentales, los hijos de personas privadas de la libertad, de las familias compuestas por parejas del mismo sexo y los niños GLBTI (Comite de los Derechos del Niño, Observaciones quinto y sexto informe, 2017)

Finalmente es merecida la recomendación en torno a las parejas del mismo sexo y aquellas familias conformadas por adopción, fecundación in vitro o alternativas de conformación familiar distintas a la tradicional-matrimonio y procreación-, quienes han merecido el rechazo e incluso el repudio de la sociedad civil, vulnerando así el derecho a formar y convivir en familia, inobservando los principios de no discriminación e igualdad jurídica y corresponsabilidad estatal, pues el estado aún no ha adecuado su normativa jurídica para regular estas realidades presentes en la modernidad.

El comité es insistente en que las autoridades judiciales y administrativas consideren, interpreten y apliquen en debida forma el principio del interés

superior del niño, el mismo que debe tener una consideración primordial razón por la cual insta al estado a:

a) Verle porque este derecho sea incorporado debidamente, e interpretado y aplicado de manera sistemática, en todas las actuaciones y decisiones legislativas, administrativas y judiciales, en particular en las relativas al derecho de familia y los niños en régimen de acogida, y en la elaboración y aplicación de programas de políticas públicas y proyectos que afecten a niños (p.6).

La interpretación del principio del interés superior del niño implica además cumplir durante el proceso administrativo o judicial con uno de las obligaciones imperativas por parte de las autoridades, esto es respetar el derecho del niño a expresar sus opiniones en los asuntos que les puedan afectar, este derecho mantiene relación con al Artículo 1 de la Convención la cual manda a escuchar al niño teniendo en cuenta su desarrollo y madurez y capacidad de formarse un juicio sobre sus intereses y los hechos que se discutan.

Es así que el Comité recomienda al Ecuador a aplicar mecanismos eficaces en el Código Orgánico General de Procesos con el fin de asegurar que la opinión del niño sea tenido en cuenta durante todo el proceso judicial o administrativo, además de aquello insta a crear protocolos para asegurar una adecuada escucha al niño/a y adolescente en el cual se evalúe la capacidad del sujeto de derechos y mecanismos de denuncia y recursos con fines de reparación de derechos cuando sea vulnerado este derecho (Comité de los Derechos del Niño, Observaciones al quinto y sexto informe, 2017. p.7).

En el sentido expuesto del análisis, es importante abordar las interferencias parentales como mecanismo de manipulación a los niños/as por parte de sus progenitores o parientes ampliados, razón por la cual durante el proceso judicial es común evidenciar las coaliciones entre los niños y sus padres custodios con el fin de eliminar de la vida al otro progenitor, estas circunstancias nos llevan a reflexionar en consonancia con las observaciones del Comité a fin de que los procesos de escucha a

los niños sean abordados con la debida cautela, especialidad y capacidad técnica del Juez/a, procurando identificar los indicadores de manipulación, interferencia o alienación parental de parte de alguno de sus padres que pueda perjudicar su opinión, que indudablemente viciarían su opinión y por lo tanto las resoluciones en la asignación de la tenencia y los régimen de visitas en prejuicio fundamentalmente del niño y por ende de su progenitor no custodio.

Cabe indicar que en los aspectos referentes al entorno familiar y modalidades alternativas de cuidado el comité no aborda con ninguna preocupación los aspectos referidos al tema en análisis, es decir tenencia y régimen de visitas.

3.2 Observaciones del Comité de los derechos del niño al cuarto informe periódico de Ecuador al (CRC/C/ECU/4) de fecha marzo del 2010

En este informe la Comisión presta primordial importancia a respetar las disposiciones Constitucionales resaltadas a partir de la aprobación de la Constitución del 2008, puntualiza en específico la condición de género de manera amplia por lo que recomienda al estado a mantener coherencia con lo que manda la constitución en torno al principio de no discriminación por condición de sexo y género.

El Comité insta al Estado parte a que vele por la aplicación práctica de las disposiciones constitucionales y legales que proscriben la discriminación por motivos de género, de origen étnico y de cualquier otro tipo y garantice medidas de protección especial en favor de los niños indígenas y afro ecuatorianos (Comité de los Derechos del Niño, Observaciones al cuarto informe, 2010. p.8).

En cuanto al principio del interés superior del niño el comité muestra su satisfacción al conocer que la constitución del Ecuador y el código de la niñez y la adolescencia reconocen tal principio, no obstante, se muestra preocupación que dicho principio no sea toma en cuenta en todas las decisiones en especial en aquellos casos en que existen niños y niñas

privados de su entorno familiar. Es en este sentido que en el informe se indica:

Le preocupa que este principio pueda no ser tenido en cuenta en la totalidad de las decisiones, los procedimientos administrativos y judiciales y los programas que afectan a los niños, por ejemplo, en el caso de los niños privados de su libertad o de su entorno familiar (Comité de los Derechos del Niño, Observaciones al cuarto informe, 2010. p.8).

Así se expresa además su preocupación en torno a las actitudes o prácticas familiares o institucionales que limitan estos derechos (a ser oído y dar su opinión), en este sentido indica "...sin embargo, todavía le preocupa que haya actitudes tradicionales en la sociedad que limitan el derecho de los niños a ser escuchados en las escuelas, en el seno de la familia o en otros ámbitos" (Comité de los Derechos del Niño, Observaciones al cuarto informe, 2010. p.8), se finaliza puntualizando la deficiencia que existe en torno a la escucha de los menores de edad, siendo esto una aseveración del comité y no solo una recomendación.

En cuanto a la esfera del entorno familiar y otros tipos de tutelas el comité realiza observaciones a fin de que el estado "Proteja a los niños que estén separados de sus padres" (Comité de los Derechos del Niño, Observaciones al cuarto informe, 2010. p. 11) por lo que esta observación involucra a garantizar sus derechos de los niños separados de uno de sus progenitores, y la institución jurídica eficaz para ellos es precisamente los regímenes de visitas que franquea la ley para garantizar el contacto y la convivencia del niño con su progenitor no custodio. Como medida de educación se recomienda al Ecuador "Introduzca la enseñanza de los derechos humanos (...) fin de favorecer el abandono de las prácticas discriminatorias, la xenofobia y la violencia y la comprensión de la diversidad, la interculturalidad, la perspectiva de género y la ciudadanía" (Comité de los Derechos del Niño, Observaciones al cuarto informe, 2010. p. 11).

Cabe indicar nuevamente que en este informe analizado no se dice nada en específico en torno a las instituciones jurídicas de tenencia y régimen de visitas, situación que invisibiliza la importancia de estos temas para el estado ecuatoriano, así como la falta de denuncia social frente a los órganos de respetar las inconformidades de ante las instituciones competentes.

3.3 Observaciones del Comité de los derechos del niño al segundo y tercer informe periódico de Ecuador (CRC/C/65/Add.28) de fecha septiembre del 2005

Pese a que reconoce el alcance legislativo en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia al comité le preocupa la persistencia en el seno de la familia, en especial el abuso de los menores de edad.

Una de las observaciones relevantes que es necesario resaltar en este informe es la recomendación siguiente:

c) Adopte medidas que permitan a la Oficina del Fiscal, la policía judicial y los órganos judiciales investigar los casos de violencia contra niñas y adolescentes, teniendo en cuenta las cuestiones de género y el interés de los niños, y sancionar a los autores; (Comité de los Derechos del Niño, Observaciones al segundo y tercer informe, 2005.p.6).

Se tiene en cuenta además que el comité esta consiente que la vulneración de los derechos de los niños en el seno de la familia es un asunto privado que en muchas ocasiones rebasa la posibilidad de poder probar los hechos violencia que puedan ocurrir. En este sentido de análisis el Comité insta al estado ecuatoriano a considerar y valorar todas las pruebas que puedan recabarse por medio de la tecnología, es así que recomienda lo siguiente: “e) Preste la protección adecuada a los niños víctimas de abusos en su hogar, admitiendo el testimonio grabado en vídeo para los procedimientos judiciales” (Comité de los Derechos del Niño, Observaciones al segundo y tercer informe, 2005.p.6).

Nuevamente se hace eco de la importancia de este informe cuando el Comité presta especial atención a la protección de las relaciones de familia,

fundamentalmente a aquellas familias en que los padres están separados, de esta manera el Comité expresa que el estado deberá garantizar el contacto parento filial de los niños separados de sus padres, sin importar las causas que los originen. No obstante, es preocupación del Comité los hogares encabezados por mujeres y la falta de responsabilidad de los padres, fundamentalmente provocado por las olas de migración de los hombres quienes se han visto imposibilitados de cumplir la función parental adecuadamente, así se indica:

El Comité recomienda que el Estado Parte adopte todas las medidas necesarias para que los trabajadores ecuatorianos residentes en el exterior, hombres y mujeres por igual, puedan cumplir con sus obligaciones parentales, incluso fortaleciendo los acuerdos bilaterales con los países de destino, y que promueva la reunificación de la familia y un entorno familiar estable para la crianza de los hijos, con arreglo a los artículos 18 y 10 de la Convención (Comité de los Derechos del Niño, Observaciones al segundo y tercer informe, 2005.p.5).

Se resalta por parte del Comité su preocupación por el mantenimiento de las costumbres tradicionales limiten los derechos del niño ante los tribunales de familia, obviando sus opiniones respecto de sus relaciones de familia cuando el derecho a ser oído no es tomado en cuenta o mal aplicado por parte de los operadores judiciales a quienes se insta a respetar el principio general de no discriminación emanado de la Convención de los derechos del niño.

CONCLUSIONES

- En los instrumentos internacionales el principio del interés superior del niño es imperativo para todos los estados parte, sin embargo, en la legislación ecuatoriana dicho principio se ha visto subordinado a las preferencias maternas que favorecen la aplicabilidad de la tenencia y el régimen de visitas a las mujeres vulnerando el mismo principio rector, así como también otros principios asociados como el de igualdad, no discriminación y corresponsabilidad parental.
- La aplicabilidad de los instrumentos internacionales en la normativa ecuatoriana es vista con profunda preocupación por parte del Comité de los Derechos del niño, pues el derecho a ser oído y el principio del interés superior en los procesos judiciales no está teniendo una adecuada interpretación y aplicación por los operadores de justicia tal como lo manda la Convención y los principios de la Declaración de los derechos del niño, vulnerándose de esta manera sus derechos.
- Los instrumentos internacionales abordan la figura del régimen de visitas dentro de los derechos del niño/a a mantener relaciones familiares con sus progenitores. La figura de tenencia se encuentra comprendida bajo el principio de igualdad jurídica y no discriminación al cuidado de los hijos/as. No se observa regulación específica en torno a las dos instituciones jurídicas estudiadas, limitación que dificulta su aplicabilidad y la convierte en regulaciones ambiguas que impiden una adecuada aplicación en la legislación ecuatoriana.
- Se evidencian preocupación relevante e insistente por parte del Comité de los derechos del niño en torno la discriminación en el derecho de familia por cuestiones de género y orientación sexual de niños, niñas y adolescentes, preocupación que es concordante con la tendencia legislativa que mantiene el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia sobre las mujeres.
- Para el comité de los derechos del niño se identifican la persistencia de estereotipos de género en el derecho de familia que perjudican el interés superior del niño y el principio de igualdad y no discriminación, principios

de carácter imperativo en la Convención de los derechos del niño, observaciones vinculantes por regla general a las instituciones de la tenencia y régimen de visitas.

- Del análisis de las observaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño no se observa mayor preocupación respecto a las instituciones jurídicas de la tenencia y régimen de visitas. De parte del estado ecuatoriano se invisibiliza informes respecto a estos asuntos, situación que incrementa el nivel de conflictividad en el derecho de familia y vulnera los derechos del niño/a.
- Es urgente que la Asamblea Nacional del Ecuador priorice las reformas al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. Las reformas deben modificar la terminología caduca y discriminatoria de la tenencia y régimen de visitas por el término “derecho de cuidado” y “derecho de convivencia, eliminando todo estereotipo de género que impida la aplicabilidad del principio del interés superior del niño.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Constitucion del Ecuador*. Montecristi: CEP.
- Beltrao, J., Monteiro del Brito, J., Gómez, I., Pajares, E., Paredes, F., & Zúñiga, Y. (2014). *Derechos Humanos de los grupos vulnerables: Manual*. Barcelona: DHES.
- Caso Fornerón e hija vs. Argentina. FRC. 2012, párr. 45, Serie C No. 242 (27 de abril de 2012).
- Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. (2013). *DERECHO DEL NIÑO Y LA NIÑA A LA FAMILIA. CUIDADO ALTERNATIVO. PONIENDO FIN A LA INSTITUCIONALIZACIÓN*. Washington: Naciones Unidas.
- Comité de los Derechos del Niño. (2005). *Observaciones del Comité de los derechos del niño al segundo y tercer informe periódico de Ecuador (CRC/C/65/Add.28)* . ONU.
- Comité de los Derechos del Niño. (2010). *Informe periódico de ecuador al comité de los derechos del niño (CRC/C/ECU/4)* . Ginebra: Naciones Unidas.
- Comité de los Derechos del Niño. (2017). *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador*. Ginebra: Naciones Unidas.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2013). *Codigo Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*. Quito: CEP.
- Convención de los Derechos del Niño. (1989). *Convención de los Derechos del Niño*. New York.
- Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos. (2011). *Convención de los derechos del niño, versión comentada*. Guatemala.
- Cruz, D., López de León, F., Pascual, L., & Battaglia, M. (2010). *Guía Técnica de producción de hongos comestibles de la especie de Hongos Ostra*.

- D'Antonio, D. (2014). *Convención sobre los derechos del niño: Comentada y anotada exegéticamente Jurisprudencia nacional y extranjera*. Buenos Aires: Astrea.
- Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de niños-ONU-. (2009). *Resolución 64/142 del 20 de noviembre del 2009*. Ginebra: ONU.
- Facio, A. (1999). *Género y Derecho*. Santiago de Chile: La Morada.
- Fernández, S. (2015). *Tratado de derecho de niños, niñas y adolescentes*. Buenos Aires : Abeledo Perrot.
- Gil, A., Fama, M., & Herrera, M. (2007). *Ley de protección integral de niños, niñas y adolescentes*. Buenos Aires: Ediar.
- Grosman, C. (2015). *La familia ensamblada, aspectos psicosociales y jurídicos: En Krasnow Adriana: Tratado de derecho de familia 1ed*. Buenos Aires: La Ley.
- Grosman, C., & Herrera , M. (2010). Relaciones de Hecho en las familias ensambladas, Derecho de familia. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Nro. 46, 80 y ss*.
- Kielmanovich, J. (2007). *Derecho procesal de familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- López, D. (1999). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Meroi, A. (2015). *Las medidas previas en el proceso de divorcio: En: Krasnow Adriana; Tratado de Derecho de Familia; Tomo II*. Buenos Aires : La Ley.
- Mizrahi, M. (1998). *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires : Astrea.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. (2012). *Ecuador y el sistema de protección de derechos humanos de la ONU*. Quito: Defensoría del Pueblo de Ecuador.
- Organización de las Naciones Unidas. (1959). *Declaración de los Derechos del Niño*. Nueva York: ONU.
- Organización de las Naciones Unidas. (1959). *Declaración de los Derechos del Niño* . Ginebra: ONU.

- Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York: ONU.
- Organización de las Naciones Unidas. (1977). *Convención Americana Sobre Derechos Humanos-Pacto San José de Costa Rica*. San José de Costa Rica: ONU.
- Organización de las Naciones Unidas. (1985). *Reglas Mínimas para la administración de justicia de menores*. Beijín: ONU.
- Ortiz, A. (2018). *Cuando nos volvamos a ver. Obstrucción de vínculos parentales, una forma de violencia contra los niños*. . Quito: El conejo.
- Quezada, P. (2018). *Custodia compartida y el derecho de cuidado de los hijos*. Quito: CEP.
- Romo, M. P. (2018). El concepto de cuidado en la Constitución del Ecuador de 2008. *San Gregorio*, 16-29.
- Sociedad de Naciones Unidas. (1924). *Declaración de Ginebra*. Ginebra: SDN.
- Solbakk, J. (2011). Diálogo sobre vulnerabilidad ¿un principio fútil o útil en la ética de la asistencia sanitaria?”. *Red bioética*, 85-90.
- Steiner, C., & Chirtine, M. (2019). *Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Comentada, segunda edición*. Bogotá: Nomos Impresores.
- Stilerman, M. (2002). *Menores, tenencia, régimen de visitas*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Tapia, D. (2020). *Obstrucción de vínculos parentales en el ejercicio del régimen de visitas de niños, niñas y Adolescentes: un estudio desde la practica judicial-Cuenca 2015-2017*. Ambato: Universidad Tecnica de Ambato.
- Tapia, D. J. (2019). *La perspectiva de género en la tenencia de niños, niñas y adolescentes; un análisis desde la práctica judicial, la doctrina y la jurisprudencia*. Cuenca: Universidad Catolica de Cuenca.
- Tiana , A. (sf). El manifiesto educativo. *Síntesis y datos bibliográficos*, 95-112.

- UNESCO. (2005). *Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos*. París.
- Vásconez, A. (2012). Protección social y trabajo no remunerado, redistribución de las responsabilidades y tareas de cuidado, Estudio de casos Ecuador. *Cuadernos de la CEPAL*, 4-62.
- Wallerstein, J., & Blakeslee, S. (1990). *Padres e hijos después del divorcio*. Buenos Aires: Javier Vergara Editor.
- Zaidán, S. (2016). *El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

ANEXOS

Cuenca, 08 de febrero del 2021

**LA UNIDAD DE TITULACIÓN E INVESTIGACIÓN FORMATIVA DE LA
CARRERA DE DERECHO MATRIZ**

Certifica que:

El informe de originalidad TURNITIN correspondiente a la segunda revisión de la investigación realizada por el estudiante **VIRANO GONZALEZ GIOVANNI PAOLO**, con número de cédula **01400645741**, titulado “**ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN TORNO A LA TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, Y SU APLICABILIDAD EN LA NORMATIVA ECUATORIANA**”, indica un 10% de índice de similitud, 10% de fuentes de internet, 3% de publicaciones y tesis de maestría, 0% coincidencias excluidas.

Para los fines legales pertinentes,

Atentamente,



Abg. Paola Vallejo Cárdenas, Mgs.
Unidad de Titulación e Investigación Formativa

www.ucacue.edu.ec

CENTRO DE IDIOMAS

TÍTULO

ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN TORNO A LA TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, Y SU APLICABILIDAD EN LA NORMATIVA ECUATORIANA.

RESUMEN

El presente estudio consiste en un análisis investigativo de los instrumentos internacionales de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes en torno a la tenencia y régimen de visitas como instituciones jurídicas del derecho de familia y su aplicabilidad en la normativa ecuatoriana. El estudio es de tipo cualitativo, se utiliza la descripción, el análisis y la síntesis mediante el método inductivo deductivo. Las fuentes de información fueron doctrinales, legales y jurisprudenciales, permitiendo tener un resultado conclusivo desde la óptica de las fuentes de derecho. Se defiende la idea de que la falta de aplicabilidad de los instrumentos internacionales de protección de derechos en los procesos de tenencia y régimen de visitas en el Ecuador vulneran los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

PALABRAS CLAVE: INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, TENENCIA, RÉGIMEN DE VISITAS.

CENTRO DE IDIOMAS

TITLE

ANALYSIS OF THE INTERNATIONAL INSTRUMENTS REGARDING THE TENANCY AND VISITING ARRANGEMENTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS AND THEIR APPLICABILITY IN THE ECUADORIAN REGULATIONS.

ABSTRACT

This study consists of a research analysis of the international instruments for the protection of the rights of children and adolescents regarding custody and visitation as legal institutions of family law and their applicability in Ecuadorian law. The study is qualitative, using description, analysis, and synthesis through the inductive-deductive method. The sources of information were doctrinal, legal, and jurisprudential, allowing to have a conclusive result from the point of view of the sources of law. It defends the idea that the lack of applicability of international instruments for the protection of rights in the processes of tenancy and visitation in Ecuador violates the rights of children and adolescents.

KEYWORDS: INTERNATIONAL INSTRUMENTS, TENANCY, VISITING ARRANGEMENTS.

Cuenca, 05 de enero de 2021

EL CENTRO DE IDIOMAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA, CERTIFICA QUE EL DOCUMENTO QUE ANTECEDE FUE TRADUCIDO POR PERSONAL DEL CENTRO PARA LO CUAL DOY FE Y SUSCRIBO



00BY SC00R 00UV00P0A
U00SS0E
0(& (^) q 000000[A
áá áá(^) 00[!A(!^ ^) 0000
• 00 0000) 0000 00[!A
00X00EJ
T 00 á 00 ^) 000
00000000 00 0000 000

**Dr. Wladimir Quinche Orellana Msc.
SECRETARIO CENTRO DE IDIOMAS**

Cuenca, 02 de febrero del 2021

Señor Doctor

Ernesto Robalino Peña

DECANO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

Su despacho

De mis Consideraciones

IVÁN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO, docente de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, en mi calidad de tutor del estudiante **VIRANO GONZALEZ GIOVANNI PAOLO**, con número de cédula **1400645741**, quien realizó su Trabajo de Titulación denominado **“ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN TORNO A LA TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, Y SU APLICABILIDAD EN LA NORMATIVA ECUATORIANA”**, dede informar a usted que dicho trabajo ha sido realizado bajo los parámetros, disposiciones legales y reglamentarias correspondientes al área de Titulación de la Universidad Católica de Cuenca.

De acuerdo al Art. 10 literal C del Reglamento de la Unidad de Titulación de Grado y Programas de Posgrados de la Universidad Católica de Cuenca, previo a la sustentación y defensa el estudiante deberá presentar solicitud para revisión final del trabajo de titulación, dentro de este proceso se le asignaron docentes revisores quienes proporcionaron el criterio de **APROBADO** al antes mencionado Trabajo de Investigación.

Por lo antes expuesto y dando cumplimiento al Reglamento debo de asignar la nota de 40/40 correspondiente a la parte escrita del Trabajo de Titulación, además de emitir mi criterio favorable para que se proceda a la sustentación y defensa del mismo.

Es todo cuanto puedo informar respecto a mis labores como tutor de mentado estudiante.

Atentamente:



**DR. IVÁN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO, MGS.
DOCENTE TUTOR**

PERMISO DEL AUTOR DE TESIS PARA SUBIR AL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

Yo, **GIOVANNI PAOLO VIRANO GONZÁLEZ** portador de la cédula de ciudadanía N° **1400645741** En calidad de autor y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación "**ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN TORNO A LA TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, Y SU APLICABILIDAD EN LA NORMATIVA ECUATORIANA**" de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos, Así mismo; autorizo a la Universidad para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 4 de marzo de 2021



140064574-7



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA: ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN TORNO A LA TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, Y SU APLICABILIDAD EN LA NORMATIVA ECUATORIANA

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR: GIOVANNI PAOLO VIRANO GONZÁLEZ

DIRECTOR: DR. IVÁN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO

CUENCA - ECUADOR

2020

*Yo me gradué en
los 50 años de La Cato!
... y sostuve la Universidad*

1. TEMA:

Derecho de familia.

2. TÍTULO DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN:

Análisis de los instrumentos internacionales en torno a la tenencia y régimen de visitas de los niños, niñas y adolescentes, y su aplicabilidad en la normativa ecuatoriana.

3. MARCO CONTEXTUAL DE LA INVESTIGACIÓN.

Tradicionalmente los niños, niñas y adolescentes han recibido un trato degradante, en base a la doctrina de la situación irregular se los ha considerado como objetos de protección, sin embargo, esta perspectiva ha cambiado con el principio del interés superior del niño, no obstante, no ha sido un proceso fácil, las políticas estatales, los congresos internacionales y el rol de los estados, las recomendaciones de los comités de defensa y derechos de los niños han configurado nuevas visiones de la infancia bajo el amparo de la doctrina de protección integral.

A partir de la Declaración de los Derechos del Niño en 1989 se han suscitado diferentes discusiones tanto a nivel interamericano incluso europeo, como resultado se han regulado instrumentos que se basaban en doctrinas que más adelante serían consideradas inadecuadas para los enfoques de protección integral.

Uno de los primeros instrumentos fue la declaración de Ginebra, herramienta jurídica de protección de derechos que resultó ser una normativa restringida ya que su fin se reduce únicamente a la protección de los derechos en su estructura formal y no mira a su garantía material, resultando contrarias al interés superior de la infancia toda vez que le dotan a los derechos un enfoque proteccionista bajo el enfoque de sujetos de protección, contrario a las nuevas doctrinas que miran a la infancia como sujetos en el ejercicio de derechos.

Como se puede ver, concretamente los derechos del niño tuvieron un abordaje limitado en la declaración, instrumento que más adelante sería abordado en otras leyes y declaraciones como son la Declaración de los Derechos del Niño (1959), herramienta jurídica que recogió los principales avances en materia de infancia y sobre el cual en lo posterior se regularían los derechos con mayor amplitud y exactitud.

25 años después aparece la Convención Americana de Derechos Humanos o también llamado pacto de San José de Costa Rica (en adelante CADH) de 1984. Es aquí en donde

específicamente se puede observar que la regulación jurídica de las relaciones de familia empieza a tener relevancia. En el artículo 19 de la CADH manda: “Derechos del Niño.-Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (CADH, 1984, Artículo 19).

Posteriormente en 1989 se promulga la Convención de los Derechos del Niño, instrumento jurídico que en específico regula las relaciones familiares del niño en su entorno nuclear. En su Artículo 9 numeral 3 manda a que todos los estados debe regular el internamente y respetar el principio del interés superior del niño, aun mas cuando existan interés contrapuestos por razón de la separación de sus progenitores, en este sentido el articulado manda a que cada uno de los padres deba tener contacto directo con sus hijos respetando su derecho a mantener contacto con cada uno de ellos, salvo intereses contrarios que perjudiquen su bienestar.

Con el transcurso del tiempo las condiciones socioculturales y económicas de los estados han ido variando por lo que la dinámica familiar no siempre ha estado a la par de estas trasformaciones. El devenir de las crisis en la familia trae consigo la variedad de instituciones del derecho de familia que se ventilan en el conflicto judicial, tal es el caso de la tenencia, las visitas, los alimentos, la restitución internacional, la retención del niño/a o adolescente, entre otros aspectos que se ven necesarios estudiarlos a la luz de los instrumentos interamericanos de protección de derechos.

La crisis mundial del Covid-19 ha afectado las relaciones de familia, razón por la cual el Comité de los derechos del niño de las Naciones Unidas ha emitido varias recomendaciones a los países del mundo para la garantía de los derechos del niño/a en las relaciones de familia.

El contexto ecuatoriano no es ajeno a esta realidad. el país ha suscrito varios instrumentos internacionales de protección de los derechos de la infancia sin embargo existen instrumentos jurídicos específicos aplicables en particular a las relaciones de familia los cuales merecen especial atención de parte de la academia en razón de los acontecimientos y dinámica de los hogares.

En este sentido, el presente estudio tiene como fin analizar los instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos del niño/a en las relaciones de familia con el fin de responder a cuestionamientos específicos en torno a la aplicabilidad para la protección

de los derechos del niño/a y adolescente en las relaciones de familia específicamente en torno a la tenencia y el régimen de visitas.

4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿La falta de aplicabilidad de los instrumentos internacionales en el régimen jurídico ecuatoriano podría vulnerar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en torno a la tenencia y régimen de visitas?

5. OBJETO DE ESTUDIO.

La falta de aplicabilidad de los instrumentos internacionales de protección de derechos de la niñez y adolescencia en relación a las instituciones jurídicas de la tenencia y del régimen de visitas de los niños, niñas y adolescentes, regulados en el código de la niñez y la adolescencia ecuatoriano.

6. CAMPO DE ACCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

Constitución política del Ecuador.

Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.

Convención de los Derechos del Niño (1989).

Declaración de los Derechos del Niño (1959).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990).

7. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho y administración de justicia.

8. OBJETIVO GENERAL.

Analizar los instrumentos internacionales en torno a la tenencia y régimen de visitas de los niños, niñas y adolescentes, y su aplicabilidad en la normativa ecuatoriana.

9. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

1. Conceptualizar la tenencia y el régimen de visitas como mecanismo jurídico de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

2. Examinar las recomendaciones y criterios del comité de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como mecanismos para evitar la vulneración de sus derechos en la tenencia y régimen de visitas.
3. Relacionar los principales instrumentos internacionales de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes identificando su aplicabilidad en la tenencia y régimen de visitas en el Ecuador.

10. TIPO DE INVESTIGACIÓN.

La presente investigación tendrá un enfoque cualitativo toda vez que busca analizar los diversos criterios y enfoques desde las diferentes fuentes de información mediante el método descriptivo que permitan estudiar los conceptos, leyes, principios, criterios, recomendaciones jurídicas, doctrinas, entre otros elementos importantes en torno a los instrumentos internacionales y su aplicabilidad en la tenencia y las visitas en la legislación Ecuatoriana.

Este enfoque permitirá cumplir con cada uno de los objetivos específicos de la investigación, permitiendo conceptualizar las instituciones jurídicas como la tenencia y el régimen de visitas, examinar las recomendaciones y criterios del Comité de protección de los derechos del niño, y relacionar los instrumentos internacionales identificando su aplicabilidad en la legislación Ecuatoriana.

El alcance de la investigación será de tipo descriptiva y analítica debido a que se describirán las características de un conjunto de conceptos y definiciones desde varios escenarios posibles y con varias perspectivas en torno a las instituciones jurídicas planteadas, se estudiarán así desde las diferentes corrientes o doctrinas de pensamiento jurídico tales como las doctrinas del dador de cuidados, interés superior del niño, co-custodia, entre otros.

Mediante el análisis se estudiará la situación jurídica a nivel internacional y la necesidad de la aplicabilidad de los instrumentos internacionales en el contexto ecuatoriano, este análisis que nos permitirá responder a la pregunta: ¿La falta de aplicabilidad de los instrumentos internacionales en el régimen jurídico ecuatoriano podría vulnerar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en torno a la tenencia y régimen de visitas?

11. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

Tratado internacional.

Para el sitio web -Por igual, todos sumamos- (2014) un tratado es definido como una manifestación de voluntades que se realiza o celebran entre dos o más estados con capacidad jurídica para obligarse en el ámbito internacional,

El sitio web citado realiza sin embargo una aclaración, manifestando que todo instrumento, acuerdo, convenio deben ser considerados como tratados.

De esta manera, Barberis (2014) coincide con definir al tratado internacional como la expresión de voluntades entre dos o más estados con capacidad para obligarse a la sujeción de una normativa regulada por una autoridad internacional en caso de su desacato o incumplimiento.

Para Linares (1992) el tratado internacional es “un instrumento donde se consignan disposiciones libremente pactadas entre dos o más sujetos de derecho internacional con el fin de crear, modificar o extinguir obligaciones y derechos” (p.61).

Gutiérrez (1995) en cambio define el tratado internacional como “la manifestación concordante de voluntades, imputable a dos o más sujetos de Derecho Internacional, destinada a producir efectos jurídicos entre las partes y regida por el ordenamiento jurídico internacional” (p.259).

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986 establece varios sinónimos de tratados vinculándolo a un concepto amplio que se debe entender por el mismo, así nos dice que este es un acuerdo de carácter internacional, de manera escrita, suscritos por los estados y regulados por el derecho internacional (Convención de Viena, 1986).

Convenios internacionales.

En el sitio web del Sistema Nacional de Áreas de Conservación de Costa Rica (2020) se definen al convenio internacional como “instrumento de carácter normativo, en donde existe una concordancia de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, destinados a producir efectos jurídicos y con el fin de crear derechos y obligaciones entre las Partes (SINAC, 2020).

Entre tratado y convenio pueden existir confusiones conceptuales razón por la cual es importante realizar la siguiente aclaración.

El término tratado es el genérico que abarca todo instrumento aprobado en el marco de una discusión de carácter jurídico internación entre los estados, en tanto que el término convenio es

la denominación específica que denota una particularidad de un tratado, de esta forma se explica en el sitio web “Por igual todos sumamos (2014)”, para quienes textualmente se diferencia de la siguiente forma “El uso genérico del término “convención” abarca todos los acuerdos internacionales. Los instrumentos redactados en el marco de una organización internacional suelen denominarse convenciones o convenios.

Ratificación.

Ahora bien, todo instrumentó jurídico para ser estudiado debe ser verificada su validez y vinculación por medio de la ratificación pues mal se podría analizarlo si no está ratificado por el estado Ecuatoriano. De esta manera es preciso ahora teóricamente exponer que se entiende por ratificación debido a que no es igual una ratificación en la normativa interna nacional que en la normativa internacional.

Para el diccionario Jurídico de Osorio (2000) el termino ratificación hace alusión al visto bueno de un acto que versa sobre cosas o derechos propios.

Según el Manual de los tratados de las Naciones Unidas (2001) la ratificación se entiende como el compromiso estatal de cumplir obligaciones derivadas de un tratado internacional mediante la firma sujeta a la aceptación o aprobación, acto jurídico que obliga al estado a realizar las acciones jurídicas para respetar el contenido de los tratados sobre los cuales se han obligado.

En la convención de Viena (1986), el termino ratificación se entiende de la siguiente manera: “b) se entiende por "ratificación", "aceptación", "aprobación" y "adhesión", según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado” (Convención de Viena, 1980, Artículo 2. 1.b)

Tratados de derechos humanos.

García (2014) en su análisis de los tratados internacionales de derechos humanos cita el Manual del Aplicación de Normas Internacionales de Derechos Humanos en el Ámbito Jurídico Ecuatoriano (2002), conceptualiza a los Tratados de derechos humanos de la siguiente manera:

El conjunto de instrumentos y codificaciones sobre derechos humanos de carácter internacional es muy amplio y complejo. Como instrumentos de protección de los derechos humanos consta en los tratados, convenciones, pactos, declaraciones, normas mínimas, etc. Estableciéndose categorías de instrumentos de acuerdo al alcance

geográfico (universal, internacional o regional), a nivel de obligatoriedad en la cobertura en términos de derecho, a su carácter global o específico (s.p).

Las familias y su dinámica en la actualidad.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se define a la familia como el elemento fundamental y natural de la sociedad, por lo tanto el estado debe brindarle protección prioritaria en conjunto con la sociedad en general (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 6, párrafo 3).

Desde este enfoque Universal, el concepto de familia puede ser visto desde los diferentes perspectivas de las ciencias socio jurídicas, definirla no es un proceso sencillo, por el contrario, la multidisciplinariedad presta variedad de aristas para estudiarla, es así como diferentes ciencias definen a la familia desde sus ópticas profesionales.

Se han considerado diferentes características como son la estructura, el número de miembros, la edad, el sexo, la economía, la permanencia, entre otros factores para definirla.

Albán, F. (2003) nos dice que la familia está conformada por varias personas que se reúnen para vivir bajo un mismo techo, entre ellos están el padre, la madre, los hijos, es decir, por los ascendientes y descendientes.

La definición antes anotada nos permite ver que la integración de la familia es restringida frente a la diversidad de tipologías presentes en la sociedad actual. El concepto representa la mirada de una familia nuclear, tradicional, conformada únicamente por el padre, la madre y los hijos, concepto que no permite ver a la familia integrada por nuevas relaciones posterior al divorcio de los padres, la muerte de uno de ellos, entre otros factores.

Para la terapeuta de familia Satir, V (2002) la familia es “el lugar donde se puede encontrar el amor, la comprensión y el apoyo, aun cuando todo lo demás haya fracasado; el lugar donde podemos recuperar aliento y sacar nuevas energías para enfrentarnos mejor al mundo exterior” (p. 12).

De la definición expuesta podemos notar que el ideal de la familia es la protección, la ayuda mutua, el proyecto de vida en común, realidad que no siempre se cumple dentro de una familia, aun mas cuando las relaciones son hostiles, cuando existe violencia intrafamiliar, infidelidades, entro otros factores que permiten el aparecimiento de disfunciones en las familias.

Minuchin, S., & Fishman, C. (2004) definen varios tipos de familias en la actualidad, entre ellas están: familia nuclear, familia ampliada, familia reconstruida, familias de varias generaciones o familias extensas, familias ensambladas, entre otras.

Instituciones jurídicas del derecho de familia.

La ruptura de la relación de pareja conlleva a que uno de los cónyuges solicite el divorcio a su pareja. Para Camacho (2000) el divorcio es entendido desde la óptica jurídica como “la ruptura en vida de los esposos, del vínculo matrimonial, mediante sentencia declarada jurídicamente” (p.71). Al disolverse el vínculo matrimonial entre los cónyuges se deben regular de forma obligatoria la tenencia, los alimentos y las visitas para los hijos, circunstancias que generan en el proceso judicial la agudización de los conflictos en la pareja, este contexto podría presentarse como un factor de riesgo para los hijos.

Divorcio.

Para Osorio (2010) el divorcio no es más que el rompimiento del vínculo matrimonial que une a un hombre con una mujer, decisión que es tomada por un juez a voluntad o petición de uno o ambos cónyuges. En este sentido, la petición de la tenencia suele regularse de forma automatizada para la madre en tanto que para el padre se suele regular los alimentos y las visitas, muchas de ellas reducidas a un tiempo corto o en su defecto únicamente a un fin de semana. Esta situación se ha presentado para que entre los ex cónyuges se presenten constantes incidentes sobre modificaciones de la tenencia, alza de alimentos o restricción o ampliación de las visitas, proceso en los cuales los hijos se ven expuestos a la conflictividad familiar constante.

En base a lo expuesto, en el presente estudio es fundamental analizar la regulación de la tenencia y el régimen de visitas en contraste con la aplicabilidad de los instrumentos internacionales en el Ecuador, para aquello es necesario contextualizar teóricamente estas dos instituciones del derecho de familia.

La tenencia.- Para Cabrera (2008) la tenencia se constituye en una las facultades implícitas de la guarda la cual tiene como fin entregar el cuidado de un hijo/a de forma permanente a uno de sus progenitores sin detrimento que el otro progenitor pueda ejercer todos sus derechos y obligaciones que le impone la patria potestad.

En esta sentido de pensamiento coincide López del Carril (1999), quien agrega que la Tenencia “designa el elemento material de la guarda, que consiste principalmente el tener

consigo al hijo menor que se halla bajo la patria potestad, ejercitando alguno de los derechos – función que integra la patria potestad” (p. 280).

El régimen de visitas.- Hablar de régimen de visitas nos lleva reflexionar sobre el uso correcto de la terminología acorde al principio del interés superior del niño, bajo este principio considero que es incorrecto hablar de régimen de visitas surge la necesidad de remplazarlo por otros términos más adecuados. Tal término podría ser régimen de convivencia, sin embargo existen escasas conceptualizaciones de estos términos, razón por la cual es imposible prescindir de una definición jurídica sobre este tema.

Recalcando que no existe un concepto definido claramente sobre régimen de visitas, es imperioso recurrir a la legislación en materia de infancia que en nuestro país manda a que en los casos en que la autoridad judicial o administrativa entregue la custodia o tenencia a uno de los progenitores se tendrá que regular un régimen de visitas para los niños, niñas y adolescentes. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, Artículo 122 p. 37).

Para Cabrera (2009) conceptualiza el régimen de visitas como la institución jurídica encargada de fomentar las relaciones familiares elementales entre padres e hijos sin importar el tipo de vínculo que tengan los hijos y padres.

El derecho de visitas es entendido entonces como un derecho que tiene el niño, niña o adolescente, y como la obligación y a su vez derecho también del padre o madre que esta privado del cuidado de sus hijos. La vulneración de este derecho se constituye en una flagrante afectación de los derechos de los niños y niñas.

Se debe tener en consideración que la regulación de la tenencia o del régimen de visitas no altera el ejercicio de la patria potestad, institución jurídica que es entendida para Belluscio (1986) como todos los deberes y derechos que tiene los progenitores sobre todos sus hijos siempre que estos no este emancipados del poder de sus padres.

12. HIPÓTESIS O IDEAS A DEFENDER EN LA INVESTIGACIÓN.

La falta de aplicabilidad de los instrumentos internacionales de protección de derechos en los procesos de tenencia y régimen de visitas en el Ecuador vulneran los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

13. MÉTODOS A UTILIZARSE EN LA INVESTIGACIÓN.

Los métodos a utilizarse serán el analítico sintético basado en el razonamiento inductivo-deductivo.

El método analítico-sintético permitirá primeramente contar con toda la información respecto a los instrumentos internacionales, conocer sus limitaciones, sus alcances, su vinculación con el derecho interno ecuatoriano, y por otra parte identificar las instituciones de la tenencia y el régimen de visitas en la legislación ecuatoriana para posteriormente revísala por separado cada una de ellas y pasar a relacionarlas y sistematizar la información recopilada e ir estructurando las ideas en torno a la aplicabilidad en el derecho interno y una posible vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes, cumpliendo con los objetivos planteados, para Witker (1996) este método es el más idóneo en las ciencias jurídicas. En este proceso nos basaremos en técnicas propias del tipo de investigación cualitativa, es decir técnicas de revisión documental.

Se procederá a aplicar el razonamiento inductivo-deductivo. El razonamiento inductivo es el más pertinente para esta investigación toda vez que permite partir del análisis de los hechos particulares descompuestos en cada una de sus partes y arribar a conclusiones generales.

La inducción se realizara a partir del estudio de las normas constantes en los instrumentos internacionales respecto a la tenencia y visitas y de la misma manera en la legislación ecuatoriana, por otro lado también se aplicara la inducción a partir de la información encontrada en las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño y de otras fuentes encontradas tales como las sentencias de Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto permitirá conocer la situación en torno al objeto de estudio e identificar el estado y necesidad de la aplicabilidad de los instrumentos internacionales en los procesos de tenencia y régimen de visitas en la legislación ecuatoriana cumpliendo con los objetivos planteados.

14. CRONOGRAMA DE TAREAS.

Actividades (columna) Calendario (fila)	Marzo 2020	Abril 2020	Mayo 2020	Junio 2020	Julio 2020	Agosto 2020
Revisión y selección de la información bibliográfica de las teorías y conceptos.	X					
Elaboración de la fundamentación teórica		X				
Elaboración de los instrumentos para la recolección de información		X				
Aplicación de los instrumentos y recolección de la información			X			
Procesamiento y análisis de la información			X			
Elaboración del informe de diagnóstico de la investigación				X		
Contrastación con las teorías, elaboración de propuestas , conclusiones y recomendaciones					X	
Elaboración del informe final de investigación					X	
Presentación del informe final en la secretaria de la Unidad Académica						X

Sustentación individual ante un tribunal de grado.						X
--	--	--	--	--	--	---

15. POBLACIÓN Y MUESTRA EN CASO DE SER NECESARIO.

Por la naturaleza de la investigación el estudio no precisa muestra ni población, sin embargo, es de indicar que el ámbito y fenómeno de estudio será a nivel internacional y nacional respecto a la normativa relativa a la tenencia y régimen de visitas. Los sujetos de estudio son los niños, niñas y adolescentes y sus derechos dentro de las relaciones de familia.

16. BIBLIOGRAFÍA:

- Albán, F. (2003). *"Derecho de la Niñez y Adolescencia"*. Quito: Editorial Gemagrafic.
- Barberis, J. (2014). *Cuaderno de Derecho Internacional*. Córdoba: Instituto de derecho internacional público y derecho de integración.
- Belluscio, A. (1986). *Manual de derecho de familia*,. Buenos Aires.
- Cabrera, J. (2008). *La Tenencia. Legislación, Doctrina y Práctica*. Quito: Cevallos.
- Cabrera, J. (2009). *Visitas, legislación, doctrina y práctica*. Quito: Cevallos.
- Camacho, C. (2000). *Derecho sobre la familia y el niño*. San José de Costa Rica: EUNED.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2005). *Codigo Civil*. Quito: CEP.
- Corporación de estudios y publicaciones. (1986). *CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS*. Quito: Registro oficial del Ecuador.
- Espinosa, M. (2015). *La patria potestad y la tenencia en el marco Jurídico de la igualdad de género*. Quito.
- García, J. (23 de enero de 2014). *Derecho Ecuador*. Recuperado el 9 de febrero de 2019, de Tratados Internacionales de Derechos Humanos: Diferenciación con otros tratados:
<https://www.derechoecuador.com/tratados-internacionales-de-derechos-humanos-diferenciacion-con-otros-tratados>
- Gutiérrez, E. (1995). *Derecho Internacional Público*. Madrid: Trota.
- Linares, A. (1992). *Derecho Internacional Público*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- López del Carril, J. (1999). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Minuchin, S., & Fishman, C. (2004). *Técnicas de Terapia Familiar*. Buenos Aires: Paidós.
- Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.
- Naciones Unidas. (2001). *Manual de Tratados*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Osorio, M. (2000). *Diccionario de ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Osorio, M. (2010). *Diccionario de ciencias políticas y sociales*. Guatemala: Datascan.
- Por igual, todos sumamos*. (26 de febrero de 2014). Recuperado el 13 de 05 de 2020, de Diferencia entre Convención, Ley, Tratado, Decreto, Ordenanza y otros:
<https://www.porigualmas.org/articulos/270/diferencia-entre-convenci-n-ley-tratado-decreto-ordenanza-y-otros>
- Satir, V. (2002). *Relaciones Humanas en el Núcleo Familiar*. México, D.F.: Editorial PAX.
- SINAC. (13 de 05 de 2020). Obtenido de Sistema Nacional de Áreas de Conservación de Costa Rica:
<http://www.sinac.go.cr/ES/normativa/Paginas/convinter.aspx>
- UNICEF. (1989). *Convención de los Derechos del Niño*. Madrid: Comité Español. Recuperado el 06 de 02 de 2019, de <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Witker, J. (1996). *Técnicas de Investigación Jurídica*. México: McGraw Hill Interamericana Editores SA.

Cuenca, 03 de Junio Del 2020.

GIOVANNI PAOLO VIRANO GONZÁLEZ.

DR. IVÁN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO. ABG. PAOLA VALLEJO, MGS.

Tutor

**Responsable la Unidad de Titulación e
Investigación Formativa**

Fecha.

Aprobado en sesión del H. Consejo Directivo de fecha:

Asesor Jurídico: _____

Unidad Académica de Ciencias Sociales