

El incumplimiento del régimen de visitas como violación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y posible causa para perder la tenencia en el Ecuador

Failure to comply with visitation rights is a violation of the rights of children and adolescents and a possible cause for losing custody in Ecuador

Peter Loberty Mendoza-Alvarado¹
Juez de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia
ploberty@hotmail.com

doi.org/10.33386/593dp.2025.6.3382

V10-N6 (nov-dic) 2025, pp 230-243 | Recibido: 08 de julio del 2025 - Aceptado: 11 de noviembre del 2025 (2 ronda rev.)

¹ ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-6329-3709>. Juez de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Ciudad de Guayaquil.

Descargar para Mendeley y Zotero

RESUMEN

Se analiza el régimen de visitas como garantía del derecho de las niñas, niños y adolescentes a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares sus progenitores. Para ello se examina la doctrina de la protección integral y el principio del interés superior del niño, en relación con sus derechos particulares reconocidos en los instrumentos internacionales sobre el tema, en la Constitución de 2008 y en el CONA, con el objetivo de analizar el alcance y contenido del derecho a mantener relaciones sistemáticas y regulares con sus dos progenitores, personales y regulares con ambos progenitores, su régimen jurídico, las consecuencias de su incumplimiento para la hija o hijo menor y el progenitor no custodio, y las acciones legales que puede ejercer este último. Para su desarrollo se utilizó una metodología cualitativa, aplicada a diferentes fuentes doctrinales y normativas analizadas a través de diferentes métodos de investigación documental, lo que dio como resultado principal que las disposiciones del artículo 125 del CONA son insuficientes para asegurar la protección integral, el interés superior del niño y el derecho mantener relaciones permanentes, y regulares con los dos progenitores, ya que el progenitor custodio puede violar u obstaculizar el régimen de visita, sin que pueda ser modificada por esa causas la tenencia del menor de edad afectado.

Palabras clave: interés superior del niño; protección integral; derecho a visita; régimen de visita; tenencia.

ABSTRACT

This article analyzes visitation rights as a guarantee of the right of children and adolescents to maintain permanent, personal, and regular emotional relationships with their parents. To this end, it examines the doctrine of comprehensive protection and the principle of the best interests of the child in relation to their specific rights recognized in international instruments on the subject, in the 2008 Constitution, and in the National Confederation of Argentineans (CONA). The objective is to analyze the scope and content of the right to maintain systematic and regular relationships with both parents, personal and regular relationships with both parents, its legal status, the consequences of noncompliance for the minor child and the non-custodial parent, and the legal actions the latter may take. For its development, a qualitative methodology was used, applied to different doctrinal and normative sources analyzed through different documentary research methods, which gave as main result that the provisions of article 125 of the CONA are insufficient to ensure comprehensive protection, the best interests of the child and the right to maintain permanent and regular relations with both parents, since the custodial parent can violate or obstruct the visitation regime, without the custody of the affected minor being able to be modified for these reasons.

Keywords: best interests of the child; integral protection; visitation rights; visitation regime; custody.

Introducción

Tanto en los instrumentos internacionales sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes como en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se les reconoce el derecho a que su interés superior sea considerado al momento de adoptar cualquier acción o decisión que pueda afectar sus derechos, lo que les coloca en una situación de titulares de derechos específicos que deben prevalecer sobre cualquier otro derecho.

Así puede constatarse, por ejemplo, en el artículo 2 de la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989 (ONU, 1989), donde se dispone que al promulgar leyes para asegurar la protección especial del niño, su interés superior ha de ser la consideración fundamental que debe tenerse en cuenta para que sus derechos no sean afectados. Ese interés superior, interpretado por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU (CDN, 2013), puede ser entendido como un concepto triple, que abarca un derecho sustantivo de las niñas, niños y adolescentes, un principio interpretativo fundamental que deben aplicar las autoridades competentes en la vía legislativa, administrativa o judicial, y una norma de procedimiento que impone una consideración privilegiada de aquellos derechos.

Constituye asimismo, un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución, de carácter complejo cuyo contenido debe determinarse caso por caso, y también flexible y adaptable, que debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados, teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales, tal como lo dejó sentado la Corte Constitucional del Ecuador en su Sentencia No. 064-15-SEP-CC de 11 de marzo del 2015, específicamente en una acción de protección en un proceso de tenencia (CCE, 2015).

Ese principio tiene su desarrollo en el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia de 2003-CONA- (Congreso de la República, 2003), donde está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de

los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y funciona como un mandato para las todas las autoridades, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento, y se prohíbe su invocación contra una norma expresa si no es a condición de escuchar con antelación la opinión de la niña, niño o adolescente sujeto de protección, cuando por su desarrollo esté en condiciones de expresarla.

Entre los derechos donde el principio de interés superior debe prevalecer se encuentra el previsto en el artículo 45 del texto constitucional ecuatoriano de 2008, que reconoce el derecho a ser miembro de una familia y desarrollarse dentro de ella y en su comunidad; ese derecho se corresponde con el artículo 21 del CONA, que en su parte pertinente reconoce a las niñas, niños y adolescentes los derechos a conocer a su madre y padre y ser cuidado por ellos, a mantener relaciones afectivas y permanentes con ambos cuando se encuentre separado de uno de ellos, a excepción de los casos en que pueda ser perjudicial para su interés superior.

A criterio de este autor, en la sociedad ecuatoriana es un hecho que muchos padres separados tienen hijos en común, y por tanto las niñas, niños o adolescentes deben convivir de manera permanente con uno de los dos, mientras el otro tiene derecho a visitarle de acuerdo con las reglas acordadas voluntariamente entre ellos, o impuesta por un juez cuando el caso ha sido judicializado. En este último caso se configura el derecho a visitas previsto en los artículos 122 al 125 del CONA; el propio cuerpo legal en el artículo 122 dispone que cuando el juez asigne la tenencia o patria potestad a uno de los progenitores, deberá establecer un régimen de visitas que el otro progenitor podrá hacer al hijo o hija.

Para el caso en que el régimen de visitas sea violado por el progenitor que tiene al menor bajo tenencia e impida u obstaculice al otro visitar al menor de edad, en el artículo 125 del CONA se establece que el juez podrá ordenar que lo entregue de manera inmediata a la persona que deba tenerlo de acuerdo al régimen de visita, de donde surge además la obligación de indemnizar

los daños ocasionados por el incumpliendo del régimen de vista o la tenencia.

Sin aun así impide la visita del menor al progenitor que no lo tiene bajo su convivencia, el juez decretará apremio personal en su contra, o puede ordenar que se allane el inmueble donde encuentra o se supone que se encuentra menor de edad, para lograr su recuperación, y hacer efectivo su derecho a la convivencia familiar. En ese contexto, a partir de la experiencia de este autor en materia de niñez y adolescencia, así como en el estudio exploratorio realizado sobre el tema, se ha podido constatar que es muy recurrente el hecho de que el progenitor que tiene al menor de edad bajo su custodia impida u obstaculice la visita del otro, por cualquier razón, cuando le corresponde.

Con base en lo anterior, en la investigación que se realiza se formula una propuesta viable, en el sentido de que se adopten medidas legislativas concretas para hacer efectivo el derecho de las niñas, niños y adolescentes a mantener relaciones afectivas permanentes y regulares con sus progenitores y otros parientes, pues en la actualidad no existen garantías para hacerlo efectivo, más allá de la buena voluntad del progenitor que tenga la convivencia de su hija o hijo. La finalidad de la investigación es precisamente valorar las consecuencias para las niñas, niños y adolescentes la violación de su derecho a mantener relaciones afectivas permanentes y regulares con los progenitores y otros parientes cuando se incumple el régimen de visitas.

Metodología

En la investigación se ha realizado un estudio de tipo correlacional, para establecer relaciones de interpretación y de aplicación entre el principio de interés superior del niño y los derechos comunes y específicos que se le reconocen y garantizan en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, particularmente el derecho a mantener relaciones afectivas y regulares con ambos progenitores y demás parientes.

El estudio tiene un enfoque cualitativo, a partir del cual se ha podido medir la adecuación de las normas que regulan el derecho a mantener relaciones afectivas permanentes a través del régimen de visitas con sus progenitores, con el principio de interés superior del niño, tal como está reconocido en los instrumentos internacionales y en Derecho vigente en el Ecuador.

Se aplicó el método deductivo, para sistematizar las principales características de los conceptos y categorías relativas al tema, como son la doctrina de la protección integral, el principio de interés superior del niño, derechos comunes y específicos de las niñas, niños y adolescentes y el derecho a mantener relaciones afectivas permanentes y regulares con sus progenitores.

Para el análisis de casos se aplicó el método inductivo, con la finalidad de verificar la materialización del derecho a mantener relaciones afectivas permanentes y regulares con sus progenitores de que son titulares las niñas, niños y adolescentes, a partir de la aplicación del régimen de visitas en las resoluciones judiciales analizada.

Como método de investigación empírica se aplicó la observación directa de progenitores en conflicto a causa del derecho de visita, método que fue posible por la condición de Juez Titular de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Guayaquil que ostenta el autor de la presente investigación.

Desarrollo

Principio de interés superior en el CONA

Por mandato constitucional, el derecho de las niñas, niños y adolescentes a que sus derechos sean considerados en toda acción o decisión que pueda afectarles no requiere de normas de desarrollo para su aplicación, es necesario analizar lo que al efecto dispone el CONA, norma especial en la materia vigente desde el año 2003.

El CONA menciona en diferentes artículos el principio de interés superior del niño, pero es en el artículo 11 donde aparece

su configuración completa. En lugar de transcribir el texto consideramos más aconsejable analizar la norma que lo contiene, misma que permite identificar el objetivo del principio, las obligaciones que impone a los poderes públicos y las diferentes funciones que debe cumplir en el orden práctico.

El mencionado artículo no define el principio de interés superior del niño, pero expresa que tiene como finalidad asegurar el goce o ejercicio de los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes. El propio artículo entiende el principio como una norma jurídica de carácter imperativo impuesta a todas las autoridades públicas y privadas, judiciales y administrativas, quienes están obligadas a garantizar el cumplimiento del principio de interés superior del niño de acuerdo a su finalidad señalada en el párrafo anterior. La diferencia entre el primer parte del artículo 11 y esta segunda objeto de análisis, es que mientras aquella establece un deber genérico sin precisar un resultado concreto a obtener, en la segunda sí existe ese deber, que es precisamente ajustar la conducta en función de satisfacer los derechos de los niños, niñas y adolescentes; otra diferencia es que este deber sí es susceptible de verificación objetiva, mientras el primero no lo es.

El segundo párrafo del propio artículo 11 contiene una regla para apreciar el interés superior del niño, misma que consiste en imponer al decisor la obligación de considerar el equilibrio que ha de existir entre sus derechos y sus deberes. A nuestro juicio se trata de una regla que no se adecúa a las exigencias del principio de interés superior del niño tal como fue analizado con anterioridad, pues los derechos de los niños, niñas y adolescentes deben ser satisfechos con independencia de cualquier otro criterio o derecho en eventualmente involucrado.

Pero establecer como pauta para determinar el interés superior del niño el equilibrio entre sus derechos y sus deberes resulta inadecuado, sobre todo cuando se constata que esos deberes en el propio CONA, previstos en su artículo 64, son de índole general y su posible incumplimiento no es causa suficiente para

afectar la aplicación del principio de interés superior del niño de una manera significativa. Ese equilibrio entre derechos y deberes supone que el decisor, juez o autoridad administrativa, debe presentar los argumentos en que basa su acción o decisión, de manera que quede satisfecho el principio a través de la protección de los derechos que puedan resultar vulnerados.

El último aspecto que interesa señalar del artículo 11 del CONA es el que aparece en su último párrafo, relativo a la naturaleza del principio de interés superior; de acuerdo ese criterio, el principio de interés superior del niño constituye un para la interpretación del propio CONA. A nuestro juicio se trata de una limitación del principio que no se corresponde con la doctrina ni con el enfoque que tiene en la Constitución vigente, pues se trata de un principio de interpretación aplicable a todo el ordenamiento jurídico donde puedan ser afectados los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya sea que requieran de esa protección especial por ser víctimas de infracciones penales o en cualquier decisión de carácter civil o familiar.

Al ser una regla de interpretación de todo el ordenamiento jurídico, y no solo del CONA, el artículo objeto de análisis dispone que nadie podrá invocar el principio de interés superior del niño contra una norma jurídica expresa, sin escuchar la opinión del sujeto protegido, cuando esté en condiciones de expresarla de manera inequívoca de acuerdo a su desarrollo.

Esta norma, dirigida tanto a los decisores como a los progenitores o personas que tengan bajo su custodia a niños, niñas o adolescentes, establece un límite en la aplicación del principio de interés superior del niño, mismo que consiste en impedir que ante la existencia de una norma expresa que establezca derechos u obligaciones con relación a aquellos, se utilice como excusa el interés superior del niño para desconocerla y adoptar una acción o decisión *contra legem*.

Derecho a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores

El derecho objeto de estudio en este epígrafe goza de amplio reconocimiento a nivel internacional, tanto en la Convención Sobre los Derechos del Niño como en la jurisprudencia de la CIDH como se pudo apreciar con anterioridad, pues es la manera más adecuada de que los hijos o hijas que vivan separados de sus padres puedan mantener los vínculos afectivos y familiares con sus progenitores o el progenitor no custodio.

Ese derecho de los niños, niñas y adolescentes es una obligación impuesta al Estado por la Convención Sobre los Derechos del Niño (art. 9.3. 3), que impone a los Estados parte la obligación de respetar el derecho mantener relaciones afectivas permanente con sus progenitores, salvo cuando sea decretado por un juez competente, que dicho contacto es contrario al interés superior del menor de edad objeto de protección (ONU, 1989).

Ese amplio reconocimiento internacional corre paralelo al análisis doctrinal que se hace del mismo, bajo la figura del derecho a visita, aunque obviamente el derecho incluye mucho más que la simple visita programada y sistemática de acuerdo al régimen acordado voluntariamente por los progenitores o impuesto por resolución judicial, ya que se trata de un derecho que “incluye todas y cada una de las relaciones personales necesarias y requeridas para el fortalecimiento y desarrollo de los lazos familiares” (Varsi, 2011, p. 2).

Esa discrepancia entre lo simple del nombre de este derecho y la complejidad de su contenido es perceptible cuando se analizan las diferentes denominaciones con que es estudiado en la doctrina, aunque ninguna ha logrado desplazar el habitual “derecho a visita”; algunos de los nombres propuestos, sin éxito, son los siguientes: derecho a mantener relaciones personales, derecho a la adecuada comunicación, derecho de relación, derecho de comunicación, derecho a tener adecuada comunicación, derecho a relacionarse y derecho al trato personal del hijo (Varsi, 2011, p. 2); otros autores han propuesto derecho de visita o régimen de visitas (Montero y Barona, 2003, p. 864).

En cuanto a su contenido, que excede con creces su denominación, se trata de:

un conjunto de relaciones, varias en su presentación (desde la simple visita en sentido estricto hasta estancias y convivencia de varias semanas y cualquier forma de comunicación) y cuan profundas y auténticas sea posible, entre dos personas, de las cuales una es un menor de edad; personas que por diversos motivos tienen alguna dificultad de verse y relacionarse de manera normal (Rivero, 2010, p. 23).

Los aspectos principales discutidos en la doctrina en torno a este derecho se refieren a su contenido y características, los titulares del derecho y los diferentes mecanismos para hacerlo cumplir, así como las consecuencias del incumplimiento para la hija o hijo menor de edad, el progenitor custodio y el no custodio; de cada uno de esos aspectos se hace una sistematización en lo que sigue, para luego analizar el régimen de visita de acuerdo al CONA y las consecuencias de su incumplimiento.

La primera cuestión a abordar es ¿qué es el derecho de visita? Debe señalarse al efecto que se trata de un derecho cuyo titular es el hijo o hija menor de edad, pero también un derecho del progenitor no custodio pues ambos se benefician del mismo y por tanto tienen acción para reclamar en caso de incumplimiento, tal como lo expresa A. Serra:

los padres del menor tienen derecho a la comunicación con su hijo aun cuando se les haya privado suspendido de la patria potestad, teniendo en cuenta que la comunicación con el hijo es un derecho mismo del menor, salvo que se manifieste lo contrario en razón de salvaguardar sus intereses (2015, p. 542).

Sería entonces un derecho con dos titulares por cuyo incumplimiento se verían afectados: un derecho del padre con relación a su hija o hijo menor de edad, con quien tiene derecho a mantener relaciones afectivas permanentes y personales; y un derecho del hijo o hija a recibir esas atenciones y relaciones de parte del progenitor no custodio, excepto en los

casos legalmente previstos y cuando pueda ser contrario al interés superior de aquel, caso en el cual ese derecho puede ser limitado o suspendido.

Sin embargo, algunos autores consideran que el único titular de ese derecho es la hija o hijo menor de edad, y no el progenitor no custodio: el derecho de visita, dicen J. Montero y S. Barona, es “un derecho del hijo respecto de los padres más que un derecho de éstos respecto del hijo” (2003, p. 903); aquí no se niega que sea un derecho compartido, sino que el derecho tiene mayor peso cuando su titular es el hijo hija menor de edad que cuando lo es el progenitor.

Un paso más allá respecto a la naturaleza de este derecho que analizamos lo dan los propios autores en el mismo trabajo citado: “el llamado derecho de visita no es un propio y verdadero derecho subjetivo, sino un complejo derecho-deber, y por lo mismo que el juez debe pronunciarse sobre él en el proceso matrimonial incluso aunque no exista petición expresa de parte” (Montero y Barona, 2003, p. 902).

Aquí la exposición resulta algo confusa, porque en relación con un mismo sujeto una determinada acción u omisión no puede constituir a la vez un derecho y un deber: en todo caso el derecho a visita, si se sigue el razonamiento de los autores, sería un derecho del hijo o hija menor de edad y un deber del progenitor no custodio, lo cual tampoco sería acertado porque este último también posee el derecho a visitar a su hijo o hija menor de edad, pues de otra manera no se comprendería cómo puede activar el sistema judicial para que se establezca un régimen de visita o cuando se incumple con este.

Lo que sí puede decirse respecto al progenitor no custodio es que tiene un derecho en los términos indicados con un deber correlativo, de manera que si no cumple con estos últimos es probable que se vea afectado su derecho; pero si, por el contrario, cumple con todas sus obligaciones como progenitor, aunque no tenga la custodia del hijo o hija menor de edad, no habrá razón para suspender o limitar ese derecho, salvo que sea perjudicial para el interés superior de aquel.

El segundo tema de discusión en la doctrina es el objetivo o finalidad del derecho a visita, mismo que según I. De la Iglesia “no es satisfacer los deseos de los progenitores sino el interés y las necesidades afectivas y materiales de la prole, de modo que las visitas están condicionadas en todo momento a que resulten beneficiosas para el menor” (2013, pág. 2651); ello se entiende de mejor manera al develar su fundamento, que sería “el desarrollo de la personalidad del menor” (Montero y Barona, 2003, p. 890) y la “necesidad de mantener la solidaridad e integración familiar así como proteger los afectos [entre padres e hijos] es el fundamento de este derecho, teniendo como beneficiario al niño y no a los adultos” (Varsi, 2011, p. 4).

En cualquier caso, los autores citados plantean ideas coincidentes: con independencia de que es un derecho compartido del progenitor no custodio y del hijo o hija menor de edad, su materialización depende de que sea beneficiosa para el interés superior de éste. Pero en una situación normal, es decir cuando el padre no custodio cumple con todas sus obligaciones puede mantener relaciones con la hija o hijo menor de edad cuando no afecte el interés superior de éste, pues tanto “el progenitor guardador como el no guardador de los hijos, si nada se especifica en la sentencia, deberá velar por ellos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, representarles y administrar sus bienes” (De Torres, 2008, p. 233).

Diversos autores han escrito acerca de esta finalidad que debe cumplir el derecho a visita en relación las niñas niños y adolescentes o con el progenitor no custodio; esa finalidad está constituida por un conjunto de elementos que incluyen fomentar la relación humana (el verse, tratarse, conocerse mejor) y favorecer la corriente afectiva entre padre/madre e hijo, no agravar, sobre todo para el niño, las secuelas de esas separaciones familiares de las que éste no es culpable y que no vea amputada su vida del afecto, el contacto, la relación y comunicación (siquiera periódicos) con persona que le es muy próxima humana y afectivamente (Rivero, 2010, p. 23).

Asimismo, es una finalidad del derecho a mantener relaciones afectivas, personales y periódicas el necesario “fomento y favorecimiento de las relaciones personales, la corriente afectiva entre los seres humanos, prevaleciendo el interés y beneficio del menor” (Varsi, 2011, p. 3), a la vez que permite la comunicación y contacto sistemático entre los padres y sus hijos, lo cual contribuye al desarrollo emocional y activo de estos últimos.

Aunque la separación de los progenitores, como consecuencia de la cual el hijo o hija menor de edad debe quedar bajo la custodia de uno de los dos, afecta necesariamente las relaciones entre ellos, el derecho a visita procura, dentro de lo posible, “mantener la relación paternofilial” y evitar que “a que la crisis que se produce entre los progenitores con ocasión de la ruptura matrimonial no se extienda a las relaciones entre los hijos y los padres o las madres” (Montero y Barona, 2003, p. 902).

Finalmente interesa sistematizar las características principales que en la doctrina se le atribuyen a este derecho del que son titulares tanto el hijo o hija menor de edad como el progenitor no custodio. J. Montero y S. Barona identifican las siguientes características: es un derecho subjetivo personalísimo (sólo puede ejercitarse por su titular y de lo que se deduce, de entrada, la imposibilidad de que sea delegado) (Montero y Barona, 2003, pp. 890-891); es un derecho de contenido relativo (pueden ser titulares del mismo personas en situaciones muy distintas) pues su objetivo es satisfacer el interés superior del menor de edad (Montero y Barona, 2003, p. 891).

Se trata asimismo de un derecho que es inalienable e imprescriptible (aunque puede ser regulado, limitado o suspendido por resolución judicial), y es un derecho de contenido puramente afectivo, encuadrable entre los derechos de la personalidad (Montero y Barona, 2003, p. 903). Otros autores como Castillo (2016) señalan que constituye un derecho de carácter personal que puede ser concedido tanto al progenitor no custodio como a otros parientes con vínculo

afectivo con el menor de edad objeto de protección.

Asimismo, es un derecho de titularidad compartida (le corresponde al visitado y al visitante (ambos beneficiados), debiendo ser cumplido o darse las facilidades para su ejecución a la persona que tiene bajo su tenencia o guarda a la menor, se le suele llamar gravado” (Varsi, 2011, p. 5). Otras características serían la necesidad de ejercitarlo de manera rápida y perentoria para evitar que se debiliten los lazos entre la hija o hijo y el progenitor, toda vez que no puede ser cedido ni renunciado; es un derecho amplio que le corresponde a todas aquellas personas que requieran relacionarse con otras a efectos de lograr la consolidación de la familia; es imprescriptible, indelegable, irrenunciable y a posteriori (porque nace de la ruptura familiar) (Castillo, 2016, p. 26).

Esas características del derecho, así como el interés superior de la niña, niño o adolescente que está en juego, obligan al legislador a establecer todas las garantías necesarias para hacerlo efectivo, y para garantizar en todo momento que sus titulares puedan materializarlo, ya que se trata de un derecho especialmente vulnerable que depende en una medida importante de que el progenitor custodio cumpla con lo acordado voluntariamente o impuesto por resolución judicial en cuanto al régimen de visita.

Régimen de visitas

El derecho de la niña, niño o adolescente a mantener relaciones afectivas permanentes, y regulares con sus progenitores puede tener diferentes formas de materializarse, pero siempre surge cuando solo uno de los progenitores tiene el hijo o hija menor a su cuidado, bien sea como consecuencia de una separación o porque nunca hayan vivido juntos. Cuando se analiza este derecho desde el punto de vista del progenitor no custodio, su fundamento legal se encuentra en el Código Civil (Congreso de la República, Codif. 2015), en cuyo artículo 272 se dispone que no se prohibirá al progenitor no custodio a visitar a sus hijos con la frecuencia y bajo las condiciones decretadas por un juez.

En cualquier caso, lo importante es hacer notar que ese derecho procede en esa circunstancia específica en que uno de los progenitores no tiene a su hija o hijo menor bajo su custodia; si llegan a un acuerdo voluntario en cuanto al régimen de visita y no surgen inconvenientes entre ellos, ese derecho se materializa sin necesidad de la intervención de un tercero. Por el contrario, si no existe ese acuerdo es preciso recurrir a la vía judicial para hacerlo efectivo.

Esta circunstancia es la que nos interesa en este estudio, por cuanto es ahí donde debe establecerse por vía judicial un régimen de visita que satisfaga el interés superior del niño, niña o adolescente y su derecho a mantener relaciones afectivas permanentes y regulares con el progenitor que no tiene su custodia. El establecimiento de ese régimen es necesario especialmente después de la ruptura de la pareja, ya que “los problemas propios de esa crisis se ven potenciados por aquellos componentes metajurídicos, cuando el sentimiento se convierte en resentimiento, el amor en odio, la atracción personal en repulsión” (Rivero, 2010, p. 22).

La causa por la cual se establece un régimen de visita es el hecho de que la tenencia del menor ha sido asignada a uno de los progenitores, con derecho a visita para el otro, después de un proceso de separación, pues la asignación de la tenencia a uno de los progenitores procede en el caso de que el juez lo considere más conveniente para asegurar el desarrollo integral del menor de edad, sin alterar el ejercicio de la patria potestad (Badaraco, 2018, p. 31).

Otros autores definen ese régimen de visita como el derecho de los progenitores no custodios de sus hijos o hijas menores de edad a “compartir tiempo de calidad con ellos y de esta manera coadyuvar al desarrollo integral físico, emocional e intelectual” (Estellés, 2017, pág. 86). **En todo caso constituye un derecho compartido por el progenitor no custodio y su hija o hijo menor de edad que consiste en “el contacto y la comunicación estable, a fin de cumplir con las necesidades emocionales, afectivas y educativas de los menores de edad”** (Zamora, 2018, p. 14).

Esas definiciones dan paso a otro aspecto importante de este derecho como es su contenido, que ya hemos dicho no se limita solo a la visita en sentido estricto, pues incluye otros elementos como la comunicación indirecta vía correo electrónico, teléfono entre otras, y estancia de la hija o hijo en la casa del otro progenitor que no tiene su custodia. Adicionalmente, al hijo o hija menor de edad “debe permitírsele salir de paseo con el padre salvo que sea de muy corta edad o por razones de salud” (Belluscio, 2004, p. 499).

Refiriéndose al ámbito del derecho de visita, Montero y Barona (2003) refieren que éste consiste en la visita en domicilio del guardador que puede ser semanal y en presencia o no del progenitor que tiene la tenencia del menor de edad, comunicación telefónica y pernocta en casa de quien tenga el derecho de visita (p. 895).

Ahora bien, que exista un régimen de visita bien sea acordado entre los progenitores o impuesto por resolución judicial, no significa que ambos progenitores lo cumplan de buena fe, y en todos los casos garanticen el interés superior del niño a través de la satisfacción de ese derecho, pues en los estudios consultados y en la experiencia acumulada por el autor con bastante frecuencia sucede lo contrario, ya que el progenitor que tiene la custodia de la hija o hijo menor de edad no siempre se apega al régimen de visitas regulado, por diversas razones.

El hecho de tener la custodia del hijo sirve al progenitor para abusar del derecho del progenitor no custodio, así como la manipulación del régimen de visita sin que en ocasiones reciba castigo alguno, con afectaciones para los derechos del hijo o hija que no puede satisfacer sus necesidades de comunicación y contacto personal del progenitor no custodio” (Jordán y Mayorga, 2018, p. 60).

El mal uso o abuso del derecho de visita o el incumplimiento de régimen de visita puede tener consecuencias legales de diferente naturaleza para el progenitor que impide, obstaculiza o incumple con el régimen de visita establecido, pues ello supone una violación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

y subsidiariamente del derecho del progenitor no custodio, tal como lo prevé el CONA en su artículo 125.

Consecuencias de la violación del régimen de visitas según el CONA

El objetivo de este epígrafe es identificar las consecuencias legales que tiene el incumplimiento del régimen de visita para los diferentes sujetos involucrados, determinar si son suficientes las medidas dispuestas en el CONA para hacer efectivo ese derecho o sancionar su incumplimiento. Se puede decir de manera general, que el incumplimiento del régimen de visita impuesto por resolución judicial afecta en primer lugar los derechos de las niñas, niños y adolescentes, su protección integral que es responsabilidad compartida entre el Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, y es contrario al principio de interés superior del niño.

Esas consecuencias sobre las niñas, niños y adolescentes en las publicaciones especializadas sobre el tema se las denomina *interferencias parentales*, “entendidas como las situaciones en que se encuentran los hijos, en medio de un conflicto de pareja, al verse privados de una relación (relativamente) normal con sus padres, dificultada por uno de ellos por medios irregulares de varia índole” (Rivero, 2010, p. 22).

Sin embargo, lo que interesa en esta investigación son las consecuencias legales y a las acciones de que dispone o puede ejercer el titular del derecho violado para hacerlo efectivo, mismas que están previstas en el CONA bajo el concepto de medidas de protección en su artículo 215, entendidas como acciones que adopta la autoridad competente, mediante resolución judicial o administrativa, en favor del niño, niña o adolescente, cuando se ha producido o existe el riesgo inminente de que se produzca una violación de sus derechos por acción u omisión del Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables o del propio niño o adolescente.

Esas medidas pueden ser de diverso carácter y pueden tener como objeto reprimir

la conducta del progenitor no custodio cuando incumple sus obligaciones, circunstancia en la cual se le puede suspender o limitar el derecho de visita a su hija o hijo menor de edad, ya que “sólo por causas muy graves que hagan que el ejercicio de este derecho pueda poner en peligro la seguridad o la salud física o moral de los menores puede privarse de él a los padres; por ejemplo, cuando pueden derivar alteraciones psíquicas para los menores (Belluscio, 2004, p. 499).

Sin embargo, aquí operamos con la hipótesis de que el progenitor no custodio cumple con todas esas obligaciones y satisface los requisitos legales para tener derecho a relacionarse con su hija o hijo menor de edad de manera plena; y ese derecho de que son titulares tanto el menor de edad como el progenitor, es violado por el progenitor custodio que dificulta o impide el cumplimiento del régimen de visita.

Para analizar las consecuencias de ese incumplimiento en relación los involucrados (progenitores e hijo o hija menor de edad), hay que atenerse a lo dispuesto en el CONA en tres artículos relativos al tema en los que sucesivamente se dispone sobre la protección contra la retención o el traslado ilícito de niños, niñas y adolescentes (art. 77), la obligatoriedad del juez de fijar la tenencia y el régimen de visita (art. 122) y la retención indebida del hijo o la hija (art. 125).

El artículo 77 prohíbe la retención o el traslado de niñas, niños o adolescentes cuando es contrario a la patria potestad, el régimen de visita o las normas relativas a la autorización legal para salir del Ecuador. Cuando sucede ese hecho, el niño, niña o adolescente tiene derecho a ser devuelto a su familia y a gozar de las visitas de sus progenitores y otros parientes, siendo responsabilidad del Estado adoptar las medidas que den cumplimiento a esas normas.

El artículo 122 del CONA, por su parte, dispone que cuando el juzgador otorgue a uno de los progenitores la tenencia del hijo o hija menor de edad, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija. De igual

manera puede negar el derecho a visita o regularlo de forma dirigida cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, psicológica o sexual, pues como ya se dijo el objetivo de ese derecho es precautelar el interés superior del niño, niña o adolescente involucrado.

En todo caso, la suspensión o limitación del derecho a visita será una medida transitoria que será suspendida por el propio juzgador cuando desaparezcan las causas que la motivaron, y en tal sentido estarán dirigida la limitación o suspensión del derecho a visita, siempre determinado por lo que resulte más beneficioso para la hija o hijo menor de edad. En relación con nuestro tema de investigación el punto central está en el artículo 125 del CONA, donde se establece el procedimiento a seguir cuando el progenitor que tiene a la hija o hijo menor bajo su custodia impide u obstaculiza el cumplimiento del régimen de visita.

En lugar de transcribir la norma in extenso se hará un análisis de su contenido, de acuerdo con los siguientes criterios: hipótesis: la norma está construida sobre la hipótesis de que el progenitor a quien el juez otorgó la tenencia del hijo o hija menor de edad impide u obstaculiza el régimen de visita establecido, y en consecuencia viola conjuntamente los derechos de éste y del progenitor no custodio; acción: verificada esa hipótesis el progenitor no custodio puede acudir a la vía judicial para que el juzgador lo entregue a la persona que deba tenerlo, en este caso al progenitor no custodio.

Otro criterio son las consecuencias generales: el progenitor custodio que impidió u obstaculizó el cumplimiento del régimen de visita deberá indemnizar al reclamante por los daños ocasionados a causa de la retención indebida, que incluye gastos relacionados con el requerimiento y la restitución; y las consecuencia del incumplimiento del requerimiento: si quien tiene el menor de edad bajo su custodia no cumple el requerimiento judicial, el juzgador puede decretar el apremio personal en contra del incumplidor, así como el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone

que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación, sin necesidad de resolución previa.

La valoración del si esas consecuencias previstas en el CONA son suficientes para hacer efectivo el derecho de las niñas, niños y adolescentes a mantener relaciones afectivas permanentes y regulares con ambos progenitores se puede apreciar en los casos analizados

Caso 1

Unidad Judicial Multicompetente con sede en el Cantón Samborondón, Provincia del Guayas, Proceso No. 09333-2017-00019

Criterio	Frecuencia	Horario
Cada quince días	Sábado y domingo	Desde las 8h00 del sábado hasta las 19h00 del domingo
Todos los martes	Semanal	Desde 18h00 hasta las 20h30
Navidad	Alternados	Desde 24 de diciembre a las 08h00 hasta el 25 de diciembre a las 19h00
Fin de año	Alternados	Desde el 31 de diciembre a las 08h00 hasta el 1 de enero a las 19h00
Día del padre	Si cae domingo que no le corresponde la tenencia al padre	Domingo a las 10h00 hasta las 19h00 del mismo día
Día de la madre	Si ese fin de semana le toca las visitas el padre	Retornará a la menor el domingo a las 09h00
Cumpleaños de la niña	Si es de lunes a viernes	Visitas de las 12h00 hasta las 15h00
Cumpleaños de la niña	Si es fin de semana que le corresponda al padre	Visita de 12h00 a 15h00
Feriados	Alternados.	Carnaval y día de difuntos

Fuente: (Caso No. 09333-2017-00019, 2017).

Elaboración propia: Peter Loberty Mendoza Alvarado.

Caso 2

Unidad Judicial Multicompetente con sede en el Cantón Salitre, Provincia del Guayas, Proceso No. 09206-2015-00377

Régimen de visita

Criterio	Frecuencia	Horario
Todos los viernes	Semanal	Desde las 14h00 hasta las 18h00 del mismo día
Todos los sábados	Semanal	Desde las 09h00 hasta las 18h00 de ese mismo día
Navidad	Alternados	Desde 24 de diciembre a las 08h00 hasta el 25 de diciembre a las 19h00
Fin de año	Alternados	Desde el 31 de diciembre a las 08h00 hasta el 1 de enero a las 19h00
Día del padre	Cada cumpleaños	Pasar con el padre desde las 09h00 hasta las 18h00
Día de la madre	Cada año	Pasarlo con la madre; cae día de visita debe ser cambiado
Cumpleaños de la niña	Cada cumpleaños	Pasar con el padre desde las 09h00 hasta las 14h00
Vacaciones escolares	Cada año	Las partes deben presentar una propuesta

Fuente: (Caso No. 09206-2015-00377, 2018).

Elaboración propia: Peter Loberty Mendoza Alvarado.

En ambos casos las partes llegaron a un acuerdo en la fase de conciliación del proceso, por lo que el juzgador procedió a refrendar el acuerdo en su resolución; como puede apreciarse se establecen frecuencias, días y horas en los que deberá hacerse efectivo el régimen de visita, que incluye tanto la visita del progenitor no custodio a la casa donde está su hija o hijo menor de edad, como la visita de éste a la residencia del progenitor.

Aun cuando el régimen de visita fue establecido de mutuo acuerdo entre los progenitores del menor de edad protegido, en diferentes ocasiones se han suscitado inconvenientes por falta de cumplimiento del régimen de visita imputable al progenitor custodio, tal como se puede apreciar en el expediente de cada uno de los procesos en el sistema informático que al efecto lleva la Función Judicial, sin que hasta el presente quien ha incumplido el régimen de visita haya sufrido alguna consecuencia legal negativa.

Conclusiones

El principio de interés superior está reconocido en la Convención Sobre los Derechos del Niño, así como en la Constitución ecuatoriana de 2008 y el CONA, en todos los casos entendido como una exigencia de que en cualquier acción o decisión que pueda afectar los derechos o intereses, se tenga en cuenta su interés superior y la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás. Esa prevalencia que exige el principio se materializa de preferencia en acciones o decisiones concretas relativas a un niño u un grupo limitado de ellos, pues el interés superior debe determinarse de acuerdo a las condiciones de su desarrollo y las circunstancias del entorno familiar en que vive.

Entre los derechos específicos reconocidos a las niñas, niños y adolescentes se encuentra el derecho a mantener relaciones afectivas permanentes y regulares con los progenitores y otros parientes, el cual se materializa concretamente a través del régimen de visita cuando uno de los progenitores no tiene su custodia. Se trata de un derecho complejo que tiene como titular a la niña, niño o adolescente que no vive con uno de sus progenitores, o con los dos, y razón de esa circunstancia tiene derecho a compartir y comunicarse con el progenitor no custodio, bien sea visitándole en su casa o recibiendo su visita en su lugar de residencia. El régimen de visita puede ser acordado voluntariamente entre los progenitores o impuesto por un juez, y en cualquiera de los casos debe tener como objetivo satisfacer el interés superior de la hija o hijo menor de edad y hacer efectivo su derecho a mantener relaciones afectivas permanentes y regulares con sus progenitores.

En nuestra experiencia, uno de los aspectos más conflictivos en relación con el derecho de las niñas, niños y adolescentes a mantener relaciones afectivas permanentes y regulares con ambos progenitores es el cumplimiento del régimen de visita, ya que con bastante frecuencia el progenitor custodio o la persona que tiene bajo su cuidado al menor de edad incumple u obstaculiza el cumplimiento

de dicho régimen, ante lo cual el progenitor no custodio y afectado por el incumplimiento puede acudir ante el juez competente para que intervenga ordene que el menor sea entregado a quien deba tenerlo, imponiendo además la reparación de los daños ocasionados y la posibilidades de que se ejecute un apremio personal del incumplidor. La acción interpuesta por el progenitor perjudicado es expedita y de ejecución inmediata, aunque su alcance se limita a la circunstancia concreta, y deberá repetirse cada vez que el progenitor no custodio se ve afectado por el incumplimiento del régimen de visita.

La violación del régimen de visita es contrario a la protección integral que debe recibir el menor de edad, al interés superior del niño, y al derecho de las niñas, niños y adolescentes a mantener relaciones afectivas permanentes y regulares con ambos progenitores, así como del mismo derecho que corresponde al progenitor no custodio; sin embargo, frente a esa violación el CONA no contiene normas que hagan efectivo el cumplimiento del régimen de visita, aparte de la restitución del menor a quien deba tenerlo, o la indemnización por daños que puede imponer el juez al progenitor que incumple u obstaculiza el régimen de visita, dejando el cualquier caso una afectación a las expectativas de la niña, niño o adolescente de reunirse, compartir o comunicarse con el progenitor no custodio.

Frente a esa carencia, el CONA debería incluirse en su artículo 125 una norma que prevea la posibilidad de que sea modificada la tenencia como consecuencia del incumplimiento del régimen de visita por parte del progenitor custodio o de quien tenga al menor de edad bajo su cuidado.

Referencias Bibliográficas

Montecristi: Registro Oficial de 20 de octubre.

- Asamblea Nacional. (2009). *Ley No. 00*. Registro Oficial.
- Atienza, M., y Ruiz, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 101-120.
- Badaraco, V. (2018). La tenencia compartida en el Ecuador, ¿una necesidad? *Espirales. Revista multidisciplinaria de investigación*, 30-39.
- Belluscio, A. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astrea.
- Cabrera, J. P. (2009). *Visitas. Legislación, doctrina y práctica*. Quito: Cevallos.
- Castillo, S. (2016). *El Régimen de Visitas determinado mediante Resoluciones Judiciales y los Derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el Distrito Metropolitano de Quito, en el año 2016*. UCE.
- CCE, CASO N.o 0331-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 11 de marzo de 2015).
- CDN. (2013). *Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 14/2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1)*. Ginebra: ONU.
- CIDH. (2002). *Opinión Consultiva*. San José, Costa Rica: CIDH.
- CIDH. (2017). *Jurisprudencia sobre el Derecho de los Niños*. San José: CEJIL.
- Congreso de la República. (2003). *Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*. Registro Oficial de 3 de enero.
- Congreso de la República. (Codif. 2015). *Código Civil*. Registro Oficial de 24 de junio.
- De la Iglesia, M. I. (2013). Evolución del Contenido del Derecho de visita desde el estudio Jurisprudencial. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2650-2666.
- De Torres, J. M. (2008). *Interés del Menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*. IUSTEL.
- Estellés, P. M. (2017). Presente y futuro en la búsqueda del interés del niño valenciano. *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, 76-97.

- Jordán, J., y Mayorga, N. (2018). El régimen de visitas tras la separación de los padres. Casos Ambato (Ecuador). *Verba Iuris*, 49-63.
- Montero, J., y Barona, S. (2003). *Nulidad, separación y divorcio. La aplicación práctica de los artículos 73 a 107 del Código Civil y de los artículos 769 a 778 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tirant Lo Blanch.
- ONU. (1989). *Convención Sobre los Derechos del Niño*. ONU.
- Rivero, F. (2010). Doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre interferencias parentales tras la ruptura de pareja. En F. Fariña, y R. Arce, *Separación y divorcio: interferencias parentales*. ASEMIP.
- Serra, A. (2015). Suspensión del derecho de visita de los padres respecto del menor acogido. Comentario a la STS (sala 1a) 663/2013, de 4 de noviembre. *Iuris Tantum, Revista Boliviana de Derecho*, 536-545.
- Unión Europea. (2003). *Convention on Contact Concerning Children*. UE.
- Varsi, E. (2011). Derecho de relación. Régimen de visita y derecho de comunicación entre parientes. *Gaceta Jurídica*, 1-30.
- Zamora, M. (2018). *Derechos de los niñas, niñas y adolescentes frente a los límites del régimen de visitas dentro del sistema legal ecuatoriano*. UTMACH.