

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
USFQ**

Colegio de Jurisprudencia

**La mediación como propuesta para acordar tenencia
compartida a falta de un marco normativo en Ecuador**

**María Paula Godoy Vizcaíno
Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de abogada

Quito, 20 de noviembre de 2020

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: María Paula Godoy Vizcaíno

Código: 00137348

Cédula de identidad: 1723524318

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2020

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

Inferior derecha

**LA MEDIACIÓN COMO PROPUESTA PARA ACORDAR TENENCIA COMPARTIDA A FALTA
DE UN MARCO NORMATIVO EN ECUADOR¹**

**MEDIATION AS A PROPOSAL TO AGREE SHARED TENURE IN THE ABSENCE OF A
REGULATORY FRAMEWORK IN ECUADOR**

María Paula Godoy Vizcaíno².
mapau-02@hotmail.com

RESUMEN

El ordenamiento jurídico ecuatoriano establece la posibilidad de solucionar la tenencia de niños, niñas y adolescentes a través de mediación. En cuanto a las normas que regulan esta figura jurídica de derecho familiar existe un vacío normativo relacionado a la posibilidad de que esta sea compartida. En consecuencia, si bien la tenencia compartida pueda ser pactada en mediación, no existen normas que determinen como se deberá proceder bajo este supuesto con relación al derecho de alimentos y a la ejecución del acta.

Por esta razón, este trabajo busca el fundamento normativo-jurídico para su aplicación en mediación y los beneficios que acarrea en el cumplimiento de los siguientes principios contenidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: interés superior del niño, corresponsabilidad parental y preservación del entorno familiar. Finalmente, se estudiarán las consecuencias de pactar tenencia compartida y se planteará una posible solución al cumplimiento del derecho de alimentos y ejecución del acta.

PALABRAS CLAVE

Tenencia compartida, mediación, corresponsabilidad parental, interés superior del niño y falta de marco regulatorio.

ABSTRACT

Ecuador's legal system establishes the possibility to resolve the tenure of children through mediation. As for the rules that regulate this legal figure of family law, there is a legal loophole related to the possibility of this being shared. Consequently, although shared tenure may be agreed in mediation there are no rules that determinate how to proceed under this assumption in relation to child support and the execution of this act. For this reason, this paper seeks the normative-legal foundation for its application in mediation and the benefits it entails in the fulfillment of the following principles contained in the Ecuadorian legal system: best interest of the child, parental co-responsibility and preservation of the family environment. Finally, the consequences of agreeing shared tenure will be studied and a possible solution to compliance child support and execution of the act will be proposed.

KEYWORDS

Shared tenure, mediation, parental co-responsibility, child superior interest and lack of regulatory framework.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Jaime Rafael Vintimilla Saldaña.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura:18 de diciembre del 2020
Fecha de publicación:18 de diciembre del 2020

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO TEÓRICO.- 2.1. REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN ECUADOR.- 2.2 EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA TENENCIA MONOPARENTAL.- 2.3. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO COMPARADO.- 3. ESTADO DEL ARTE.- 4. MEDIACIÓN.- 5. TENENCIA MONOPARENTAL Y SU RELACIÓN CON LA MEDIACIÓN.- 6. TENENCIA COMPARTIDA COMO UNA FIGURA QUE NO SE ENCUENTRA LEGISLADA.- 7. EFECTOS DE ACORDAR TENENCIA COMPARTIDA EN MEDIACIÓN FAMILIAR.- 7.1. SATISFACCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.- 7.2. MANTENIMIENTO Y PRESERVACIÓN DEL ENTORNO FAMILIAR.- 7.3. ALIMENTOS.- 7.4. MODIFICACIÓN ANTE EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS.-8. EJEMPLO DE ACTA DE MEDIACIÓN CON ACUERDO TOTAL SOBRE TENENCIA COMPARTIDA.- 9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.-

1. Introducción

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), fueron incorporados dentro de nuestra legislación con el objetivo de brindar una herramienta que no solo descongestione el sistema judicial, sino que también ofrezca a las partes una opción de resolución eficaz y acorde a sus necesidades. Entre los MASC reconocidos en nuestro ordenamiento, se encuentra la mediación. Esta fue reconocida en el año de 1997 en la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) con el objetivo de resolver los conflictos de manera ágil ante la carencia de un sistema judicial eficiente³. El cual, en la actualidad se encuentra inserta en el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008⁴.

La mediación es un método autocompositivo que permite que dos o más partes, por su voluntad y a través de un tercero imparcial y neutral que facilita el diálogo, lleguen a un acuerdo construido por ellos, que verse en materia transigible⁵.

Para ello, se suscribe un acta de mediación que tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada. Es la naturaleza del acta y su procedimiento célere a comparación de un proceso judicial, que ha convertido a este mecanismo en uno de los más atractivos en materia de familia para resolver el derecho de alimentos, tenencia y visitas.

En la práctica, este mecanismo se utiliza por los beneficios que trae a la relación de familia en pro de los intereses de los niños, niñas, y adolescentes. En la mayoría de los casos donde se llegan a acuerdos de tenencia monoparental, esta se concede a la madre, inclusive en casos en que el padre se encuentra en igualdad de condiciones. Sin embargo, son varias legislaciones extranjeras como la española, chilena y argentina que han adoptado la figura de tenencia compartida por ser la que más beneficia a los derechos del niño y de sus progenitores, pero que, en la actualidad, no se encuentra legislada dentro del ordenamiento ecuatoriano.

No obstante, uno de los parámetros que el juzgador toma en cuenta para decidir sobre la tenencia, es el acuerdo de los progenitores. Al ser la tenencia materia transigible se abre la posibilidad de que, la figura de tenencia compartida pueda ser pactada mediante

³ Álvaro Galindo Cardona, “Origen y desarrollo de la solución alternativa de conflictos en Ecuador”, *Iuris dictio* 2 (2001), 123.

⁴ Artículo 190, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

⁵ Ximena Bustamante Vásquez, “LA NATURALEZA JURIDICA DEL ACTA DE MEDIACIÓN” (Tesis de Pregrado, Universidad San Francisco de Quito, 2007), 78-79.

mediación sobre la base de los principios de voluntariedad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad en los que se apoya este mecanismo y el interés superior del niño.

En consecuencia, el presente trabajo plantea determinar los posibles efectos de acordar tenencia compartida a través de un acta de mediación, enfocándose principalmente en la autonomía de la voluntad sobre la cual se funda este mecanismo y en los resultados de la mediación familiar con especial énfasis en el interés superior del niño. A lo largo de este trabajo se utiliza una metodología cualitativa en la que se incluye un análisis doctrinario y descriptivo, que valora los conceptos y el análisis jurídico y la regulación de estos conceptos. Para ello, se repasará brevemente el marco normativo que actualmente regula tanto la mediación como la tenencia, el derecho comparado sobre tenencia compartida, el concepto de mediación, los principios sobre los cuales se funda, la naturaleza del acta y su reglamentación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; para encaminarse al estado del arte en el que se discutirá los efectos de la tenencia compartida acordada por mediación.

Una vez comprendida la forma en la que la mediación se encuentra legislada en Ecuador, se abordará la relación de la tenencia monoparental con este MASC; para establecer la tenencia compartida como una figura que no se encuentra legislada y los efectos que tendría en caso de que se llegue a acordar por mediación.

2. Marco teórico

2.1. Regulación de la mediación en Ecuador

Ante el colapso del sistema judicial que aumenta la duración de los procesos y eleva los costos, los MASC comenzaron a difundirse alrededor del mundo con el objetivo de mejorar el derecho de acceso a la justicia y, por lo tanto, devolver a los ciudadanos el poder de resolver sus problemas para que la instancia judicial sea la última alternativa⁶.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 190, reconoce a la mediación como un método alternativo de resolución de conflictos siempre y cuando se trate de una materia que por su naturaleza sea transigible⁷. En consecuencia, la LAM define a la mediación como:

⁶ Carolina Macho Gómez, “Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión a Europa” *Anuario de derecho civil* 67 (2014), 933-936.

⁷ Artículo 190, Constitución de la República del Ecuador.

un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto⁸.

Del mismo artículo, se puede desprender lógicamente que el principio sobre el que rige la mediación es el de la autonomía de la voluntad de las partes tanto para asistir como para suscribir un acta. El acuerdo al que se llegue, debe necesariamente, versar sobre materia transigible. De igual forma, el artículo 50 de la LAM establece a la confidencialidad como otro de los principios sobre los cuales se basa la mediación⁹. Por último, es importante revelar la naturaleza que tiene un acta de mediación dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En conformidad, con el artículo 47 de la LAM el acta tiene el efecto de “sentencia ejecutoriada y cosa juzgada”¹⁰. Mientras que, el artículo 363.3 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) le otorga el carácter de título de ejecución¹¹.

2.2. El interés superior del niño y la tenencia monoparental

El principio de interés superior del niño se encuentra regulado dentro del artículo 44 de la Constitución en el que establece la obligación del Estado de promover el desarrollo integral de los niños y adolescentes, incluso sobre los derechos de las demás personas¹². El Código de la Niñez y Adolescencia (CONA) en su artículo 9 protege y reconoce a la familia como el espacio esencial para el verdadero desarrollo del niño, enfatizando la responsabilidad compartida que tienen padre y madre en la protección y cuidado del hijo¹³. En la misma línea, el artículo 100 del mismo Código trata la corresponsabilidad parental en el desarrollo integral de los hijos en común¹⁴.

En consecuencia, el principio de interés superior del niño es fundamental y obligatorio en todos los procesos que involucren niños o adolescentes y se entiende como la plena satisfacción de todos los derechos que se relacionan con el bienestar y desarrollo integral¹⁵.

Indudablemente, son los progenitores quienes en un principio deben garantizar en conjunto el interés superior del niño. Sin embargo, cuando los progenitores se separan y

⁸ Artículo 43, Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], R.O. 417, 14 de diciembre del 2006.

⁹ Artículo 50, LAM.

¹⁰ Artículo 47, LAM.

¹¹ Artículo 363.3, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O 506, 22 de mayo del 2015.

¹² Artículo 44, Constitución de la República del Ecuador.

¹³ Artículo 9, Código de la Niñez y Adolescencia [CONA], R.O. 737, 03 de enero del 2003.

¹⁴ Artículo 100, CONA.

¹⁵ Rony Eulalio López, “Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido” *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* 13 (2015), 55.

sus conflictos ,entre los que se incluye la tenencia, llegan a instancias judiciales son los juzgadores quienes están obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar el desarrollo integral del niño o adolescente.

No existe un concepto de tenencia dentro de nuestra legislación, pero ésta, puede entenderse como una institución que tiene el objetivo de destinar el cuidado diario del hijo a uno de los padres cuando existe una separación. Por otro lado, el otro progenitor obtiene un régimen de visitas a su favor¹⁶. El artículo 118 del CONA es aquel que se aplica en los casos en que se confía la tenencia del hijo a uno de los progenitores¹⁷. Además, este artículo señala que el juzgador debe aplicar las reglas establecidas en el artículo 106 que regulan tanto patria potestad como tenencia y en sus seis reglas prescribe la preferencia materna¹⁸.

La preferencia materna ha sido ampliamente objetada por transgredir el principio de igualdad, no discriminación, corresponsabilidad parental e interés superior del niño, comprendidos dentro de nuestro ordenamiento y en convenios internacionales que Ecuador ha ratificado. Farith Simon, en su Manual de Derecho de Familia hace una crítica a estas reglas porque no están garantizando el interés superior del niño, sino que, al contrario, las reglas parten del presupuesto que las madres, como mujeres, se encuentran en mejores condiciones para cuidar un hijo¹⁹. De este modo, esta figura no es objetivamente la más adecuada en todos los casos, ni la necesaria para poder precautelar el bienestar del niño y asegurar la efectiva realización de sus derechos, que, en su defecto, deben ser analizados caso por caso.

La Observancia General No 14 del Comité de los Derechos del Niño aclara que este concepto es adaptable y flexible ajustándose a la situación concreta del niño y teniendo en cuenta sus necesidades y el contexto en el que se encuentra²⁰. A la vez, establece que el principio de interés superior del niño posee una posición prioritaria frente a otros derechos e intereses, y emite ciertas directrices para tomar en cuenta al momento de evaluar una situación. Entre estos elementos, y para efectos de este trabajo, nos

¹⁶ Farith Simon Campaña, *Manual de Derecho de Familia* (Quito: Cevallos – Editora Jurídica, 2020), 281.

¹⁷ Artículo 118, CONA.

¹⁸ Artículo 106, CONA.

¹⁹ Farith Simon, *Manual de Derecho de Familia*, 282-283.

²⁰ Observación general No 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, Observación, Naciones Unidas, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, párr. 32.

referiremos únicamente a la “preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones”²¹.

La familia se define como el grupo de personas entre las cuales existen vínculos interdependientes, recíprocos y jurídicos²². En concordancia con la Observación emitida por las Naciones Unidas, es la unidad en la cual se funda la sociedad y es el entorno natural que permite el bienestar y crecimiento de sus miembros, principalmente los niños. El Estado tiene el deber de proporcionar todos los elementos que permitan que los padres cumplan con sus responsabilidades, siendo la separación del hijo de sus progenitores una última opción utilizada únicamente en los casos en que el bienestar del niño se encuentra en peligro.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por Ecuador en su artículo 7 reconoce la igualdad de derechos entre hombres y mujeres sin ninguna distinción; debiendo ser protegidos de la misma forma ante la Ley²³. A la vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23.4 asegura la igualdad de responsabilidades como derechos de hombres y mujeres en los casos en que forman una familia, estableciendo que en caso de que exista una separación se deberá asegurar la protección de sus hijos²⁴.

2.3. La custodia compartida en el derecho comparado

En los casos de separación, son varias las legislaciones que han adoptado una figura distinta llamada tenencia o custodia compartida; de la cual se revisará la legislación y sentencias más relevantes.

En España en el año 2005, la Ley 15/2005 modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil en materia de divorcio y separación, regulando la custodia compartida en los casos en que los padres lo soliciten²⁵. La Sentencia de Apelación de Barcelona realiza un análisis respecto a cómo se deben ponderar las circunstancias para establecer custodia compartida. Entre los elementos a tomar en cuenta, está la

²¹ Observación general No 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 59-61.

²² Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni, *Manual de Derecho de Familia* 6 (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004).

²³ Declaración Universal de Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948, ratificada por el Ecuador en fecha 10 de diciembre de 1948.

²⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, ratificada por el Ecuador en fecha 24 de enero de 1969.

²⁵ Cristóbal Pinto Andrade, La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución, *Misión jurídica revista de derecho y ciencias sociales* 8 (2015), 148.

disponibilidad de los progenitores, el aseguramiento de estabilidad y la garantía de equilibrio psíquico de los niños, niñas y adolescentes²⁶.

Del mismo modo, el Alto Tribunal de España establece que la custodia compartida es la mejor medida que pueda tomarse en beneficio del niño o adolescente; debido a que permite que éste pueda relacionarse con sus padres de la manera más razonable; siempre y cuando esta relación no sea perjudicial por lo que le corresponde a cada juez valorar las circunstancias sobre las que se acuerde esta figura²⁷.

En Chile, la custodia compartida se introdujo a través de la Ley número 20.680 publicada el 21 de junio de 2013. En ella, se determina que los padres, de común acuerdo, podrán establecer el cuidado personal de sus hijos de forma compartida, acuerdo que deberá ser otorgado sea por un acta extendida por cualquier servidor del Registro Civil o por escritura pública²⁸.

El ordenamiento jurídico argentino va un paso más allá. El Código Civil y Comercial de la Nación regula como cuidado de los hijos a lo que se entiende como tenencia y en su artículo 649 establece que el cuidado del niño o adolescente puede ser asumido por ambos progenitores o solo uno²⁹. Mientras que, el artículo 650 prescribe dos modalidades de cuidado compartido: alternada o indistinta, a las cuales los progenitores pueden ajustarse. En el cuidado alternado el niño o adolescente convive con cada uno de sus progenitores de la manera en que ellos se organicen. Mientras que, el cuidado indistinto, se refiere a que el niño o adolescente reside únicamente en un domicilio, compartiendo los progenitores las decisiones y el modo en que se repartirán los trabajos relacionados al cuidado de su hijo³⁰.

3. Estado del arte

La mediación familiar es una herramienta que ha venido desarrollándose por varios años debido a la utilidad que trae el poder gestionar los conflictos entre los miembros de una familia. La tenencia compartida acordada por mediación es ampliamente utilizada en múltiples legislaciones extranjeras, e incluso varios doctrinarios estiman que, esta figura es la más apropiada para satisfacer el principio de interés superior del niño.

²⁶ Causa No 116/2013, AP Barcelona emitido el 27 de febrero del 2013.

²⁷ Causa No 490/2019, Tribunal Supremo Sala de lo Civil emitido el 24 de septiembre del 2019.

²⁸ Ley No 20.680 (ley sobre la cual se modifica el Código Civil chileno con el objeto de proteger la integridad del niño o adolescente) del 21 de junio del 2013.

²⁹ Artículo 649, Código Civil y Comercial de la Nación del 8 de octubre del 2014.

³⁰ Artículo 650, Código Civil y Comercial de la Nación.

Martin Nuria establece que “la mediación en relación a la concreción del interés superior del niño o adolescente se puede manifestar con mayor claridad”³¹. Esto se produce porque, a diferencia de un proceso judicial, la mediación permite que se valoren las circunstancias e intereses de cada caso, alejados de una visión obstruccionista proveniente de los padres y reconduciendo el conflicto hacia una gestión efectiva del mismo, que permite beneficiarse desde el primer momento por la diligencia cooperativa y flexible del mediador; como también de las garantías constitucionales que emanan de la protección al niño o adolescente³².

Así mismo, Isabel Medina manifiesta la importancia de que los acuerdos sobre custodia compartida se gesten en un proceso de mediación; expresando que, en el momento en que una pareja decide dar por terminada su relación, surgen dudas y desconfianza de cómo organizar el futuro más cercano; siendo la mediación la única forma en que se pueda “trabajar con cada una de las familias de forma pormenorizada, dando a dichos conflictos una respuesta positiva, analizando necesidades e intereses, para conseguir acuerdos satisfactorios y adaptables a cada una de las familias”³³.

La tenencia o custodia compartida de acuerdo a Violeta Badaraco, es la figura que más beneficia las relaciones entre los padres y sus hijos, disminuyendo los efectos que tienen las separaciones; es en consecuencia el “ejercicio equitativo, complementario y compartido de la autoridad parental respecto de la crianza, cuidado y protección de los hijos”³⁴.

Por último, Pascual Ortuño comparte que la mediación es el instrumento preciso que permite la obtención del beneficio del niño, niña y adolescente con una figura como es la tenencia compartida, debido a que, al ser un sistema de carácter colaborativo, las soluciones que se plantean se cumplirán de manera eficaz y ágil³⁵. Por ello, dentro del proceso de mediación se debe iniciar una transformación de la estructura familiar, en el que las partes reconozcan la posibilidad de gestionar de manera consensual los conflictos que se originen, observando en el otro una actitud de colaboración y respeto mutuo en el

³¹ Martin Belloso Nuria, La concreción del interés (superior) del niño o adolescente a partir de los conceptos jurídicos indeterminados la ¿idoneidad? de la mediación, *Anuario de la Facultad de Derecho* 10 (2017), 31.

³² Id.

³³ Isabel Medina Suárez, Mediación familiar, garantía para custodias compartidas satisfactorias, *Apuntes de Psicología* 34 (2016), 279.

³⁴ Violeta Badaraco Delgado, La tenencia compartida en el Ecuador ¿una necesidad? *Revista Espirales* 2 (2018), 34.

³⁵ Pascual Ortuño Muñoz, La mediación en el ámbito familiar. *Revista jurídica de Castilla y León* 29 (2013), 12.

que la tenencia compartida funcione en beneficio del niño o adolescente y su interés superior³⁶.

4. Mediación

4.1. Concepto de Mediación

La mediación se entiende, como la asistencia de un tercero imparcial en una negociación en la que aporta a que dos partes encuentren entre ellas una solución que ponga fin al conflicto.³⁷

Es un método alternativo de resolución de controversias en que el mediador, un profesional autorizado, emplea herramientas que fomenten el diálogo entre las partes, a raíz de que percibe los objetivos, los recursos y los obstáculos que tienen, con el fin de que sean ellos quienes construyan alternativas, debiendo así escoger aquella que responda mejor a los intereses de sus intervinientes³⁸.

Sobre la base de lo expuesto anteriormente, podemos definir a la mediación como un mecanismo no adversarial y voluntario guiado por un tercero neutral e imparcial llamado mediador, quien facilita la comunicación entre dos o más partes para llegar a un acuerdo adecuado a sus intereses y necesidades que versa sobre materia transigible.

4.2. Principios de la mediación

Son varios los principios sobre los cuales la mediación se sustenta. Para efectos del presente trabajo, explicaremos brevemente aquellos principios que se consideran fundamentales para posterior a ello, centramos en el principio de autonomía de la voluntad, parte primordial y considerado como el soporte que guía todo el proceso de mediación.

Tabla 1 Principios de la mediación

CONFIDENCIALIDAD	Es el resguardo de la información que se revela dentro de las sesiones. En este caso, tanto el mediador como las partes tienen el deber de tratar toda la información que se
-------------------------	--

³⁶ Eduardo José Cárdenas, *La mediación en conflictos familiares* (España: LUMEN ARGENTINA, 2003) 75-76.

³⁷ Franco Sánchez: “Solución Alternativa de Conflictos: La mediación”, en la obra colectiva dirigida por el CENTRO DE MEDIACIÓN DE LA CORPORACIÓN LATINOAMERICANA PARA EL DESARROLLO, Resolución Alternativa de Conflictos, (Quito: 1997), 53.

³⁸ Beñoga Jiménez Auxiliadora, “Mediación y trabajo social: dos conceptos que van de la mano”, Trabajo Social Hoy 89 (2020), 29.

	<p>devele como estrictamente confidencial, garantizando así el respeto a la vida privada³⁹.</p> <p>El cumplimiento de este principio permite que las partes confíen no solo en el proceso, sino en este MASC⁴⁰.</p>
IMPARCIALIDAD	<p>La imparcialidad es entendida como la cualidad que todo mediador debe tener de no ponerse de parte de una persona y tratar el objeto de la controversia de manera objetiva, sin establecer ningún tipo de empatía con una sola parte que ponga en desventaja a la otra⁴¹.</p>
NEUTRALIDAD	<p>Actitud que el mediador debe mantener ante el resultado del proceso, prescindiendo de principios y valores propios que puedan influir en el acuerdo⁴².</p>
FLEXIBILIDAD	<p>El mediador tiene la facultad de diseñar junto a las partes un proceso que se acomode a sus necesidades y al conflicto que trata de solucionar⁴³. Además, deberá junto a las partes centrarse en una solución que se acentúe en el futuro, preservando así las relaciones interpersonales⁴⁴.</p>
VOLUNTARIEDAD	<p>La voluntariedad es el pilar sobre el que se edifica la mediación y, por lo tanto, debe necesariamente reflejarse en todo el proceso. En palabras de Jaime Vintimilla, este principio es fundamental, puesto que describe el hecho de que son exclusivamente las partes llamadas a mediación quienes pueden decidir someterse o no y hasta qué momento deciden hacerlo⁴⁵.</p> <p>Esto quiere decir que, los intervinientes son quienes libremente manejan el procedimiento a través de un tercero que facilita el diálogo mientras se sientan</p>

³⁹ Lucía García García, Mediación familiar. Prevención y alternativa a los litigios en los conflictos familiares (Madrid: Dykinson, 2003).

⁴⁰ Id.,146.

⁴¹ Id.,139.

⁴² Id.,141.

⁴³ Adriona Schiffirin, “La mediación: aspectos generales”, *Mediación: una transformación en la cultura* (1996),44.

⁴⁴ Jaime Vintimilla Saldaña, “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación” *Revista MASC Ecuador* (2005), 13.

⁴⁵ Id.,12.

	<p>cómodas de que así suceda; constituyendo desde un primer momento una cultura de comunicación que no se base en la imposición de una decisión como sucede en los procesos judiciales⁴⁶. Por lo tanto, el acuerdo construido en mediación a través de la voluntariedad tiene como efecto un mayor grado de cumplimiento.</p>
--	--

Fuente: Tabla elaborada a partir de varios autores: Franco Sánchez⁴⁷, Beñoga Jiménez⁴⁸, Lucía García⁴⁹, Adriona Schiffrin⁵⁰ y Jaime Vintimilla⁵¹.

4.3. Características del acta de mediación

La mediación, al ser un proceso auténtico que devuelve a las partes involucradas en un conflicto la posibilidad de solucionar su controversia, tiene como objeto o resultado principal un acta de mediación con naturaleza autónoma. Ximena Bustamante, define el acta de mediación como un acuerdo solemne que se perfecciona en el momento en que las voluntades de ambas partes se recogen por escrito para dar por terminado un conflicto⁵². De igual forma, Silvia Algaba comprende el acta de mediación como el documento que demuestra la finalización del proceso de mediación en todas sus fases implicando de una manera parcial o total la superación del conflicto⁵³.

El acta debe cumplir con todos los requisitos que determina el artículo 47 de la LAM los cuales son: (i) los hechos que dieron origen al conflicto, (ii) una descripción clara de los acuerdos de cada una de las partes a los que han llegado, (iii) las firmas de las partes y (iv) la firma del mediador. Por último, el acta de mediación se define como un documento auténtico derivado de un mecanismo alternativo de resolución de conflicto que contiene un negocio jurídico nuevo y surte los efectos de cosa juzgada y sentencia ejecutoriada⁵⁴.

⁴⁶ Jaime Vintimilla Saldaña, “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación” *Revista MASC Ecuador* (2005),12.

⁴⁷ Franco Sánchez: “Solución Alternativa de Conflictos: La mediación”, 53.

⁴⁸ Beñoga Jiménez Auxiliadora, “Mediación y trabajo social: dos conceptos que van de la mano”, 29.

⁴⁹ Lucía García García, *Mediación familiar. Prevención y alternativa a los litigios en los conflictos familiares*.

⁵⁰ Adriona Schiffrin, “La mediación: aspectos generales”, 44.

⁵¹ Jaime Vintimilla Saldaña, “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación”, 12-13.

⁵² Ximena Bustamante Vásquez, “LA NATURALEZA JURIDICA DEL ACTA DE MEDIACIÓN” (Tesis de Pregrado, Universidad San Francisco de Quito, 2007), 96.

⁵³ Silvia Algaba Ros, “El acuerdo de mediación familiar: su singularidad”, *Revista para el análisis del Derecho* 4 (2017), 6.

⁵⁴ Ximena Bustamante, “LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTA DE MEDIACIÓN”, 114.

5. Tenencia monoparental y su relación con la mediación

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la materia transigible no se encuentra previamente definida. Sin embargo, esta sigue las mismas reglas de transacción establecidas en el Código Civil el cual establece casos taxativos de materia intransigible. En el derecho de familia, los alimentos, visitas y tenencia son transigibles siempre que no se vulneren aquellos derechos irrenunciables por los niños, niñas y adolescente en conformidad con el artículo 294 del CONA⁵⁵.

Farith Simon precisa que, la tenencia es aquella figura que posibilita que los progenitores puedan mantener contacto con sus hijos cuando han pasado por un proceso de separación debido a que estas relaciones son indispensables para el desarrollo integral del niño, niña, y adolescente⁵⁶. Permite en consecuencia, un régimen de visitas al progenitor que no posea la tenencia.

Paralelamente, la tenencia se define como aquella relación en que un progenitor se hace cargo del niño o adolescente de una forma efectiva y en términos de manutención, vivienda, comida y vestimenta⁵⁷. En Ecuador, la tenencia mediante proceso judicial es asignada de acuerdo con las mismas reglas de patria potestad, la cual se encuentra planteada de manera incorrecta. Se aplica la preferencia materna basándose en una presunción que relaciona bienestar con instinto materno. La contraparte debe desvirtuar estos conceptos para que el juez aplique elementos más objetivos que el sexo de un progenitor⁵⁸.

Por medio de una analogía, el derecho a visitas es una consecuencia de la asignación de tenencia. Regula la forma en que el progenitor que no obtuvo la tenencia pueda seguir manteniendo una relación con el niño o adolescente. Sin embargo, la tenencia monoparental no contribuye al mantenimiento o fortalecimiento de las relaciones paternas y, por el contrario, favorece progresivamente a que estos vínculos desaparezcan. En muchos casos se produce una insatisfacción por la ausencia y un deterioro del vínculo, mientras que los alimentos se deben seguir pagando⁵⁹.

⁵⁵ Artículo 294, CONA.

⁵⁶ Farith Simon, *Manual de Derecho de Familia*, 281.

⁵⁷ Gabriela Flores, entrevistado por Paula Godoy, <https://drive.google.com/file/d/1P90j-0My-OfWcWLKvrQJShjebGybqTQN/view?usp=sharing>, 2 de octubre del 2020.

⁵⁸ Id.

⁵⁹ María Loreto Bobadilla Toledo, “La mediación familiar: una vía extrajudicial de gestión de conflictos en el ejercicio de los derechos de la infancia y la adolescencia. Un estudio comparado entre Chile y Cataluña” (Tesis de doctorado, Universitat de Barcelona, 2017), 218.

Sin embargo, dentro de la mediación, la tenencia queda a discreción del acuerdo de ambos progenitores. Es importante considerar que una decisión precisa y consensuada de tenencia ayuda a minimizar los efectos negativos que una separación tiene sobre los hijos. Para lograrlo, dentro de la mediación, una de las herramientas con las que cuenta el mediador es ofrecer un espacio amigable en donde el niño o adolescente es escuchado, sea en reuniones generales con ambos progenitores o en sesiones privadas con el mediador con el objetivo de tomar su opinión en consideración.

Dentro de los elementos objetivos que deben aplicarse están: la relación que el niño o adolescente mantiene con sus padres, la relación que mantiene con su familia ampliada, la forma en que sus progenitores han aportado en el desarrollo del niño o adolescente, antecedentes de violencia, etc⁶⁰. En consecuencia, el régimen de visitas de igual forma se encuentra sujeto a los mismos parámetros y al convenio de los padres tomando siempre en consideración el bienestar y el desarrollo integral del niño o adolescente. No obstante, un régimen de visitas, en varias ocasiones puede ser un factor que distancia a los padres lentamente de sus hijos a pesar de que, esta figura se funda en la protección del vínculo familiar⁶¹.

La Corte Constitucional de Colombia establece que la aprobación de un régimen de visitas influye directamente al fortalecimiento o desaparición de la unidad familiar⁶². Por ese motivo, al fijar el derecho de vistas se deben tener en consideración la afectación tanto a los derechos del menor de edad como los del progenitor. Sin embargo, estudios afirman que los hombres a quienes generalmente se les otorga el derecho de visitas perciben este proceso como poco equitativo cuando deben responder íntegramente el derecho de alimentos para ejercer el de visitas⁶³.

6. Tenencia compartida como una figura que no se encuentra legislada.

Antes de referirnos a la tenencia compartida es importante comenzar por diferenciar la patria potestad de la tenencia debido a que, en muchas ocasiones ambos conceptos pueden ser objeto de confusiones. La patria potestad en conformidad con el

⁶⁰ Gabriela Flores, entrevistado por Paula Godoy, <https://drive.google.com/file/d/1P90j-0My-OfWcWLKvrQJShjebGybqTQN/view?usp=sharing>, 2 de octubre del 2020.

⁶¹ Juan Diego Rondón, “Desigualdad que existe entre los padres en relación con el régimen de visitas y la cuota alimentaria que se suministra al menor” (Tesis de Pregrado, Universidad Católica de Colombia, 2019), 8-9.

⁶² Sentencia T-523/92 Corte Constitucional de Colombia emitido el 1 de abril de 1992.

⁶³ Virgil Sheets and Sanford Braver, “Gender differences in satisfaction with divorce settlements” *Family Relations* 45 (1996), 336-341.

artículo 105 del CONA es el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con sus hijos sobre su educación, defensa de sus derechos, cuidado y desarrollo integral⁶⁴.

Mientras, la patria potestad se concibe como una institución que se funda en la filiación entre padres e hijos y tiene el objetivo de ejercer una serie de responsabilidades en beneficio de los niños, niñas o adolescentes; la tenencia, se refiere a la concesión del derecho de convivencia y cuidado⁶⁵. En suma, la patria potestad es distinta a la tenencia, pero la envuelve.

La tenencia compartida se define como la participación de ambos padres en compartir de manera igualitaria la responsabilidad y trato respecto a la formación de sus hijos con el objetivo de brindar un modelo familiar que se asimila a una familia intacta⁶⁶. Sin embargo, quienes se oponen a esta figura, establecen que es contraria a la estabilidad del niño o adolescente puesto que es sometido a dos regímenes alternos que afectan su desarrollo integral⁶⁷. Por ello, es necesario que esta figura se utilice siempre que los padres estén de acuerdo y no perjudique al interés superior del niño.

A pesar de que la tenencia compartida no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento, mientras no exista una prohibición legal, los progenitores de manera facultativa pueden llegar a este tipo de acuerdos siempre que no perjudiquen al interés superior del niño, niña o adolescente⁶⁸.

El artículo 160 inciso 1 perteneciente a las reglas que se deben seguir a la hora de confiar la tenencia, establece el acuerdo de los progenitores como posibilidad de arreglo: abriendo paso a que la tenencia compartida pueda ser pactada en mediación.

A la vez, es importante comprender que el concepto de familia en la actualidad es más amplio y ya no se reduce únicamente al vínculo matrimonial. Sino por el contrario, abarca otro tipo de familias como aquellas que han pasado por un proceso de separación, siendo estas también objeto de protección por parte del Estado⁶⁹.

En la misma línea y en conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, quienes deben garantizar los derechos del niño, niña o adolescente tienen la

⁶⁴ Artículo 105, CONA.

⁶⁵ Farith Simon Campaña, *Manual de Derecho de Familia*, 253.

⁶⁶ LL 1998-F, ST Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur emitido el 8 de octubre de 1997.

⁶⁷ Marta N. Stilerman, *MENORES Tenencia. Régimen de visitas*, (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1997).

⁶⁸ Cecilia Grossman, “El cuidado de los hijos después del divorcio, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires”, http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v_grosman_01.php (consultado el 16 de octubre del 2020).

⁶⁹ Farith Simon Campaña, *Manual de Derecho de Familia*, 14-20.

obligación de prevenir su separación familiar con el objetivo de preservar su núcleo familiar⁷⁰.

7. Efectos de acordar tenencia compartida en mediación familiar

La mediación familiar nace como una solución a los efectos que las separaciones tenían en los vínculos familiares. Su objetivo es sacar el mejor provecho sobre la base de acuerdos parentales que no modifiquen la esencia de la familia en cuestión superando los procesos de divorcios que buscaban un culpable e instaurando un sistema basado en la voluntad de resolver los temas de separación conyugal y corresponsabilidad incluyendo temas emocionales, psicológicos y económicos que tengan relación con los hijos y trascienda lo cotidiano⁷¹.

La mediación familiar es especialmente utilizada en los casos en que involucra niños, niñas o adolescentes debido a que, dentro de sus principios y procedimientos busca asegurar el bienestar y el interés superior del niño, que en concreto se encuentra proyectado en la base sobre la cual este mecanismo se funda⁷². Se puede definir la mediación familiar como un proceso extrajudicial en el que las partes de un conflicto alcanzan un acuerdo realmente beneficioso a través de la asistencia de un mediador quien, se encarga de conducir la comunicación entre los involucrados⁷³.

Entre los beneficios que trae la mediación familiar además de poner al niño o adolescente por delante de los intereses de las partes, se encuentra el desarrollo de habilidades coparentales como la comunicación, que permite que los padres creen bases sobre las cuales puedan asentar acuerdos hacia el futuro evitando un juicio que dañe la relación entre los progenitores, ahorrando dinero en abogados, manteniendo confidencial la información sensible de las partes y considerando hechos que dentro de un juicio nunca serían tratados⁷⁴.

Paralelamente, este mecanismo es el adecuado para resolver conflictos en los que las partes involucradas se van a seguir relacionando. La mediación va a dotar a las partes de herramientas e instrumentos que les permita una gestión efectiva de nuevos conflictos que puedan surgir. En consecuencia, la mediación tiene un componente preventivo que

⁷⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Ecuador en 1990, s/d.

⁷¹ Eduardo José Cárdenas, La mediación en conflictos familiares.

⁷² Silvia Algaba Ros, “El acuerdo de mediación familiar: su singularidad”.

⁷³ Isabel Medina Suárez, “Mediación familiar, garantía para custodias compartidas satisfactorias”, *Apuntes de Psicología* 34 (2016), 278.

⁷⁴ Nancy Palmer, “Family Mediation: Good for clients, Good for lawyers” *The Compleat Lawyer* 13 (1996), 33.

contribuye a la descongestión de causas en los juzgados que permite a los jueces concentrarse en conflictos que indiscutiblemente necesitan de su autoridad para ser dirimidos⁷⁵.

Ante la posibilidad de acordar por mediación tenencia compartida. El vacío normativo de esta figura abre paso a que los efectos que, aunque en su mayoría están dirigidos a la concreción del interés superior del niño también representen obstáculos al momento de fijar derecho de alimentos y ejecutar el acta. En consecuencia, este trabajo va a determinar los efectos y soluciones a los problemas que tiene el pactar tenencia compartida mediante mediación.

7.1. Satisfacción del interés superior del niño

El interés superior del niño se encuentra recogido en nuestro ordenamiento en el artículo 44 de la Constitución y 11 del CONA estableciéndolo como un principio que impone a las autoridades e instituciones privadas y públicas a satisfacer el efectivo ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre los derechos de las demás personas⁷⁶.

A la vez, el interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado que para entender su alcance debe ser interpretado de forma flexible y caso por caso⁷⁷. No obstante, puede ser comprendido como un principio de interpretación que abarca los derechos fundamentales que garantizan la protección del niño o adolescente cuando este se ve involucrado en un conflicto⁷⁸, o como un instrumento que tiene el objetivo de garantizar el bienestar del niño o adolescente en el plano social, psíquico y físico y que se funda en la obligación de las organizaciones públicas y privadas de supervisar que este criterio se cumpla cuando una decisión a corto y a largo plazo con respecto a un niño o adolescente es tomada⁷⁹.

El Comité de los Derechos del Niño establece que el interés superior del niño envuelve tres conceptos: i) el derecho del niño o adolescente a que se considere primordialmente su interés por encima de los otros (derecho sustantivo) ii) la disposición

⁷⁵ María Elena Lauraba, “La mediación familiar en Cataluña” *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* 98 (2016).

⁷⁶ Artículo 11, CONA.

⁷⁷ Isaac Ravetllat Ballesté, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” *Educatio Siglo XXI* 30 (2012), 93.

⁷⁸ Id.,93.

⁷⁹ Jean Zematten, “El interés Superior del Niño del Análisis literal al Alcance Filosófico”, Institut International Des Droits De Lenfant, https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf (consultado el 16 de octubre del 2020), 15.

de que en caso de que se admita más de una interpretación, se elija aquella que más satisfaga los intereses del niño o adolescente (principio jurídico interpretativo) y iii) que el proceso de decisión que afecte a un niño o adolescente debe incluir una estimación de las repercusiones que tendrá en el mismo (norma de procedimiento)⁸⁰.

En tal sentido, la Corte Constitucional del Ecuador establece que la aplicación de este principio debe asegurarse en los ámbitos privados y públicos. El Estado debe satisfacer de manera principal, en todas las actuaciones que le competan, el cumplimiento de intereses y derechos de los niños, niñas y adolescentes al poseer un estatus de protección constitucional reforzada⁸¹.

Por último, este criterio debe ser utilizado en relación con el espacio y el tiempo. En el espacio en medida de que las normas que se encuentran válidas en ese momento deben ser tomadas en cuenta, y en el tiempo por los conocimientos y teorías de la infancia que van evolucionando⁸².

El mediador, dentro de los acuerdos a los cuales las partes llegan, debe siempre observar que se cumpla y se proteja el interés del niño o adolescente. La Recomendación 1/98 del Comité de Ministros del Consejo de Europa establece que, el mediador requiere considerar especialmente el interés y bienestar del niño o adolescente animando a sus progenitores a centrarse en las necesidades y responsabilidad que tienen sobre el mismo⁸³.

Un cuidado satisfactorio del niño o adolescente que provenga de sus padres desde su nacimiento es un factor imprescindible para el desarrollo de su personalidad y relaciones interpersonales. Por ello, es necesario que, por encima de la crisis en que se encuentren los progenitores esté el interés común de satisfacer y asegurar la responsabilidad compartida prescrita en el artículo 100 del CONA, de tal forma que este cuidado le genere al hijo un sentimiento de seguridad, y por ende influya en su desarrollo de manera positiva⁸⁴.

El interés superior del niño se establece como el principio rector y límite a todos los acuerdos que los progenitores pueden llegar en mediación, considerando de manera

⁸⁰ Observación general No 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

⁸¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 022-14-SEP-CC, Pleno de la Corte, 21 de febrero del 2014.

⁸² Jean Zematten, “El interés Superior del Niño del Análisis literal al Alcance Filosófico”, 11.

⁸³ Recomendación N R (98) 1, Recomendación, COMITÉ DE MINISTROS A LOS ESTADOS MIEMBROS SOBRE LA MEDIACIÓN FAMILIAR, 21 de enero de 1998, 3.

⁸⁴ Lucía García García, Mediación familiar. Prevención y alternativa a los litigios en los conflictos familiares, 199-201.

general e imprescindible acuerdos que garanticen una estabilidad en la vida del niño o adolescente. Una de las formas en que el interés superior del niño se concreta en mediación es a través de su participación.

La comparecencia del niño o adolescente dentro del proceso de mediación es una cuestión ampliamente discutida. Por un lado, varios doctrinarios afirman que su comparecencia cumple con los preceptos convencionales que establecen el derecho del niño a dar su opinión y ser informado en lo que le concierne. Además, su participación favorece que el niño o adolescente comparta sus necesidades y la imagen que tiene sobre sus padres. La comparecencia permite que los progenitores visibilicen las necesidades sobre las cuales deben acordar⁸⁵.

Sin embargo, existe una fuerte corriente que establece que, la participación del niño o adolescente es riesgosa. Esto porque el involucramiento del niño en un conflicto que no le pertenece puede influir en que el niño o adolescente tome partido, abriendo paso a que a uno de los progenitores no le guste lo que el niño o adolescente comparta, dando como resultado que decida retirarse de la mediación⁸⁶. Por ello, para aprovechar estas ventajas, la participación de los niños o adolescentes debe ser opcional tomando en consideración la edad, madurez del niño y apoyándose siempre en el principio de voluntariedad que guía todo este proceso.

En otras palabras, la verdadera esencia de la mediación familiar supone la intervención, sea indirecta o directa del niño o adolescente, en relación con el principio de interés superior del niño. Esto, permite que el niño o adolescente se beneficie de la mediación desde un primer momento tanto por la gestión cooperativa que se produce, como también por las garantías relacionadas con la protección integral del niño o adolescente que el mediador está llamado a vigilar⁸⁷.

Son los padres, quienes una vez que se nutren de los beneficios de la mediación podrán conocer y decidir sobre el interés superior del niño. Por este motivo, el hecho de que sean ellos, quienes resuelvan todo lo que concierne a las responsabilidades que surgen de su hijo se transcribe en una mayor satisfacción. Además, el dialogarlo en un ambiente familiar promueve relaciones de respeto entre los padres y, por ende, también con sus hijos.

⁸⁵ Eduardo José Cárdenas, *La mediación en conflictos familiares*, 181.

⁸⁶ Id.,182.

⁸⁷ Id.,32.

7.2. Mantenimiento y preservación del entorno familiar

La mediación alcanza su máxima expresión en los casos de separación, en el proceso ambas partes se apoyan en su voluntad y capacidad de autorregulación para encontrar la solución que más les beneficie ayudados por un tercero, pero colmados de protagonismo para resolver lo concerniente a su relación, sobre todo de aquellos temas que se relacionen con sus hijos en el futuro⁸⁸.

El mediador en estos casos, tiene una tarea de cambio, para transformar la forma en que las partes se ven, incorporando un nivel de comunicación que permita reestructurar la familia y acordar planes a largo plazo concernientes a sus hijos⁸⁹. Sin embargo, comúnmente ni las mismas partes conocen que pueden pactar algo distinto a una tenencia monoparental y dan por sentado que la madre es quien debe tener el cuidado. Por ello, el mediador tiene la labor de visibilizar a las partes esta figura, sin ninguna imposición y dejar que sean ellas mismas quienes se nutran de sus beneficios y por lo tanto decidan o no, acordarla a través de un acta.

La tenencia compartida satisface el interés superior del niño al permitir el mantenimiento y preservación del entorno familiar del niño o adolescente. La Constitución en su artículo 44 prescribe el derecho del niño de disfrutar la convivencia familiar y tener una familia⁹⁰. Mientras que, el artículo 45 habla de la obligación del Estado de promover de manera prioritaria el desarrollo integral del niño o adolescente en un entorno familiar de seguridad y afectividad⁹¹.

En el caso en que lleguen a un acuerdo de tenencia compartida los progenitores podrán decidir, de manera general o específica, la forma en que el niño o adolescente será cuidado y cómo esta tenencia compartida va a funcionar dentro de cada familia. Generalmente esta figura, permite que el niño o adolescente tenga dos domicilios uno perteneciente al padre y otro a la madre, en donde el camino entre ambas casas es recorrido con la máxima libertad posible. Es tarea del mediador lograr la transformación de la forma en la que las partes se comunican para que esto sea posible.

La tenencia compartida también puede funcionar cuando el niño o adolescente reside solo en un hogar, pero sus progenitores se comprometen y distribuyen su crianza

⁸⁸ Guillermo Darriba Fraga, "La mediación familiar. Algunas consideraciones" *Revista de Derecho* 6 (2010), 162.

⁸⁹ Eduardo José Cárdenas, *La mediación en conflictos familiares*, 172.

⁹⁰ Artículo 45, Constitución de la República del Ecuador.

⁹¹ Artículo 44, Constitución de la República del Ecuador.

al compartir su tiempo, las responsabilidades de las cuales se van a encargar, las decisiones, etc. Permitiendo, que exista una adecuada relación con los progenitores, que estos antepongan los intereses del niño o adolescente sobre los suyos, que exista inclusión de los progenitores en el cumplimiento de los deberes de los niños o adolescentes y que se conserven los vínculos con la familia extensa de ambos progenitores.

Por último, mientras el niño o adolescente se encuentre con uno de los progenitores estos deberán acordar el régimen de visitas y comunicación con el otro progenitor para que el niño, niña y adolescente mantenga y preserve su entorno a través del constante contacto con sus padres, asimilando esta figura a una familia intacta.

7.2.1. Acuerdos que se ajustan a las necesidades de cada familia

Es importante enfatizar que, solo mediante mediación familiar, es posible trabajar con cada familia meticulosamente, de manera que se analicen las necesidades e intereses para encontrar una respuesta positiva que se transforme en un acuerdo que se adapte y sea satisfactorio a cada conflicto familiar que llegue a ser tratado en mediación⁹². La ventaja de utilizar este MASC en lugar del sistema judicial es que este procedimiento permite que se valoren las circunstancias y los intereses dentro del conflicto, alejados de una actitud obstruccionista que se produce cuando se imponen soluciones⁹³.

Por último, es importante resaltar que el acuerdo dentro de la mediación familiar está pensado para que sea sensible al cambio de condiciones por la variabilidad que existe dentro de los conflictos familiares⁹⁴. El poder llegar a un acuerdo en mediación familiar a través de una vía de diálogo, en la práctica supone una menor conflictividad posterior. Incluso se ha establecido que, en los casos en que el proceso de mediación no llega a un acuerdo, el tono de conflictividad disminuye con la sola participación⁹⁵.

Las posibilidades de lo que se puede acordar mediante tenencia compartida son infinitas y nacen de las necesidades de cada familia. Incluso estos acuerdos pueden contemplar visitas con otros familiares, siempre que todas las partes lo acepten y den su consentimiento dentro del acta. Por ese motivo, la Declaración de LANGEDAC afirma

⁹² Eduardo José Cárdenas, *La mediación en conflictos familiares*, 279.

⁹³ Martín Nuria Belloso, “La concreción del interés (superior) del niño o adolescente a partir de los conceptos jurídicos indeterminados. La ¿idoneidad? de la mediación” *Anuario de la Facultad de Derecho* 10 (2017), 31.

⁹⁴ Silvia Algaba Ros, “El acuerdo de mediación familiar: su singularidad”.

⁹⁵ Id.

que la custodia compartida simboliza los mejores intereses para la sociedad, los padres y especialmente los niños ⁹⁶.

De acuerdo con un estudio realizado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), entre el año 2005-2006 en el que se tomó de muestra 184,496 niños, niñas y adolescentes de 11, 13 y 15 años provenientes de 36 países occidentales se determinó que quienes vivían en un régimen de custodia compartida presentaban altos niveles de satisfacción en comparación a quienes vivían en otro tipo de régimen⁹⁷. Así mismo, otro estudio realizado en una universidad pública de Estados Unidos con una muestra de 216 menores de edad concluyó que tras el divorcio, los hijos que se seguían relacionando con sus padres mejoraban su relación a largo plazo, lo que ayudaba a la disminución del conflicto interparental⁹⁸.

7.3. Alimentos

La determinación de la pensión de alimentos en toda crisis familiar sea esta tratada por un juzgador o en un centro de mediación, constituye una piedra angular. En Ecuador, el derecho de alimentos se encuentra regulado en el CONA donde se encuentra prescrito como una obligación que emana de la relación paterno-filial y se encamina a garantizar la plena satisfacción de los derechos a la vida digna y supervivencia y demás necesidades de los alimentarios⁹⁹.

Son titulares de este derecho: i) los niños, niñas y adolescentes, a menos que se encuentren emancipados voluntariamente, ii) los adultos hasta los 21 años que demuestren que se encuentran cursando estudios y les impida dedicarse a una actividad productiva careciendo de recursos propios y iii) las personas de cualquier edad que padezcan de una discapacidad¹⁰⁰. En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a alimentos se encuentra fijado conforme la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas que cada año es renovada por el Ministerio de Inclusión Económica y Social y valora la inflación, la capacidad económica en relación con los ingresos y gastos del alimentante y la necesidad del alimentado¹⁰¹.

⁹⁶ Declaración de LANGEDAC, Francia, 31 de julio de 1999.

⁹⁷ Thoroddur Bjarnason et al, "Life satisfaction among children in different family structures: a comparative study of 36 western societies" *Children & Society* 26 (2011) 51-62.

⁹⁸ Fabricius y Luecken, "Postdivorce Living Arrangements, Parent Conflict, and Long-Term Physical Health Correlates for Children of Divorce" *Journal of Family Psychology* 21 (2007) 195-205.

⁹⁹ Artículo 2, CONA.

¹⁰⁰ Artículo 4, CONA.

¹⁰¹ Farith Simon Campaña, *Manual de Derecho de Familia*, 311.

Esta Tabla tiene el objetivo de agilizar el trámite para fijar la pensión alimenticia, evita que se establezcan pensiones ínfimas que imposibiliten que el beneficiario subsista modestamente y permite que la separación de sus progenitores no empeore la situación en la que se encontraba viviendo¹⁰². En mediación, el derecho de alimentos al ser transigible permite que, los progenitores pueden acordar entre ellos el monto a pagar, siempre y cuando no sea pactado por debajo del monto mínimo que refleja la Tabla de Pensiones Alimenticias¹⁰³.

En casos de tenencia monoparental el fijar la pensión alimenticia no representa mayor problema dado que el mediador tiene dos opciones para poder pactarlas dentro del acta de mediación: establecer aquella que fija la Tabla de Pensiones o acordar una pensión mayor al monto mínimo. Sin embargo, cuando intentamos fijar una pensión alimenticia en un régimen de tenencia compartida, la pensión cobra otro significado debido a que ambos padres se encuentran conviviendo con el niño o adolescente en periodos similares.

En Ecuador, el establecimiento de este derecho se complica aún más especialmente porque tanto los juzgadores como los mediadores deben respetar obligatoriamente el monto mínimo que refleja la Tabla de Pensiones que se calcula sobre la base del sueldo del progenitor que no obtuvo la tenencia. Para poder resolver este problema, este trabajo pretende empezar por indicar cómo la pensión alimenticia es establecida en España donde la custodia compartida ha sido reconocida, y establecer si estas fórmulas son o no factibles para ser utilizadas en el caso de Ecuador.

En el caso del ordenamiento español, se determina que la custodia compartida no exima el deber de los progenitores de satisfacer el derecho de alimentos. Fijando la pensión en conformidad en el tiempo en que convive cada padre con su hijo. Cada progenitor debe satisfacer las necesidades del niño, niña y adolescente directamente mientras se encuentra con él y los gastos extraordinarios o ordinarios deben ser pagados por partes iguales¹⁰⁴. Por lo tanto, los progenitores realizan un presupuesto de gastos fijos y gastos variables. Los gastos fijos, corresponden a valores que como su nombre lo indican son de cada mes, es decir cubren un valor determinado cada cierto tiempo, el cual se divide entre ambos progenitores. Mientras que, los gastos variables son gastos que

¹⁰² Farith Simon Campaña, *Manual de Derecho de Familia*, 314.

¹⁰³ Id.,310

¹⁰⁴ Isabel Espín Alba, “Custodia Compartida y Mejor Interés del niño o adolescente. Criterios de atribución de la custodia compartida en la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo” *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* 21 (2019), 82.

corresponden al diario vivir del niño o adolescente y son asumidos por cada padre mientras se encuentra con ellos¹⁰⁵. Para ello, se recomienda que se abra una cuenta común en que ambos progenitores abonen en partes iguales los valores de colegiatura, médicos, clases extraescolares, materiales, uniformes, u otros gastos¹⁰⁶.

No obstante, no siempre ambos progenitores perciben el mismo o similar salario. Existen casos en que uno de los progenitores percibe ingresos mayores a los del otro progenitor, resultando desequilibrada la distribución en proporciones iguales. Por ello, la jurisprudencia española establece que, en estos casos, la fórmula con la que el derecho de alimentos debe fijarse se hará a partir de los respectivos ingresos de cada progenitor otorgando un porcentaje de aporte mayor a aquel progenitor que perciba más ingresos. Este porcentaje, puede ser fijado por un juez o acordado por las partes donde en atención a su voluntad, las necesidades del niño o adolescente y sus ingresos, distribuyen el pago de una determinada suma de dinero¹⁰⁷.

En el caso ecuatoriano, al fijar en mediación los alimentos se debe tomar estrictamente como referencia el valor mínimo que se refleje en la tabla de pensiones. El no saber el salario de cuál de los progenitores tomar como referencia constituye uno de los problemas de acordar tenencia compartida ante la falta de un marco normativo. Este trabajo considera que, para preservar el interés superior del niño, el salario del progenitor que perciba más ingresos deberá ser tomado como referencia para el valor mínimo que los progenitores deberán acordar.

A partir de la fijación del monto mínimo de pensión alimenticia los progenitores, podrán pactar: i) si el valor mínimo legal determinado por las tablas es el que se va a adoptar o ii) si se va a fijar un monto mayor. Independientemente del valor que se vaya a fijar, las partes deberán acordar el porcentaje que cada uno va a cubrir pudiendo realizar estos pagos de dos formas: prestación directa o a través del sistema único de pensiones alimenticias (SUPA).

La prestación directa no origina mayor problema y se recomienda crear una cuenta a nombre del menor de edad, pero manejada por una persona legalmente capaz y de

¹⁰⁵ Fabiola Meco Tébar, “La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida” *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 3 (2015), 187-189.

¹⁰⁶ Fabiola Meco Tébar, “La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida”, 192.

¹⁰⁷ Id.,183.

confianza de ambos progenitores. Por el contrario, el pago del derecho de alimentos a través del SUPA si origina dificultades por la falta de un marco normativo.

El SUPA se instituyó con el objetivo de contar con un procedimiento único para el pago y recaudación de pensiones alimenticias. Este sistema, otorga a cada beneficiario un código que le permite acceder a su información individual e información general que enlaza el sistema financiero con las decisiones en materia de alimentos¹⁰⁸. Sin embargo, solo contempla la posibilidad de que exista un obligado en el pago de pensiones alimenticias, debiendo los padres ponerse de acuerdo en quién será el representante legal y quién el obligado principal dentro del sistema, pero pagando a través del código de tarjeta la proporción que cada progenitor acordó.

De esta manera dentro del SUPA se reflejaría un pago de derechos de alimentos relacionados a una tenencia monoparental que en la realidad corresponderían a una tenencia compartida acordada por un acta de mediación. En estos casos se debe contemplar fórmulas que protejan el pago de cada progenitor puesto que quien se encuentre como obligado principal e incumpla su deber podría mediante el sistema judicial ser objeto de apremio, inhabilitaciones, prohibición de salida del país e incorporación en un registro de deudores mientras que, el otro no. En ese sentido, este trabajo considera que la forma más practica del pago de pensiones alimenticias son las prestaciones directas.

7.4. Modificación ante el cambio de circunstancias

En Ecuador el acuerdo de mediación tiene la cualidad de poseer los mismos efectos que una sentencia ejecutoriada. Sin embargo, el artículo 47 de la LAM establece que, en los asuntos que se discutan los derechos de niños o adolescentes el acuerdo es susceptible de revisión o modificación por las partes, poseyendo el carácter de cosa juzgada formal¹⁰⁹.

En caso de que la situación del niño o adolescente cambie, los progenitores podrán acudir nuevamente a mediación para formular acuerdos que se adapten a las necesidades del niño o adolescente. Si la forma en que se está desarrollando la tenencia compartida no satisface el interés del niño o adolescente o las circunstancias hubieran cambiado se deberá llegar a nuevos y mejores acuerdos.

¹⁰⁸ Farith Simon Campaña, *Manual de Derecho de Familia*, 336.

¹⁰⁹ Artículo 47, LAM.

En principio, las actas de mediación son ejecutables del mismo modo que una sentencia de última instancia. No obstante, es necesario recalcar que en materia de niñez y adolescencia las actas son resoluciones que poseen el carácter de cosa juzgada formal. Por otra parte, resulta discutible la forma en que la tenencia compartida pueda ser ejecutada cuando un progenitor se encuentra incumpliendo su responsabilidad de convivir por determinado tiempo con el niño o adolescente, el carácter del acta abre paso a la posibilidad de cambiar de régimen de tenencia.

Sin embargo, las probabilidades de cumplimiento de un acta de mediación en que se pacta tenencia compartida son mayores, en comparación a una sentencia, por nacer del acuerdo voluntario de los progenitores que guía de principio a fin el proceso de mediación, convirtiendo al acta en un traje a la medida para cada familia.

8. Ejemplo de acta de mediación con acuerdo total sobre tenencia compartida

A continuación, se presenta un modelo de acta de mediación de tenencia compartida que a sido elaborada bajo los principios de voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad y flexibilidad tomando en cuenta la normativa vigente.

<p><u>ACTA DE MEDIACIÓN CON ACUERDO TOTAL 92-2020</u> →</p> <p><u>JUAN MARTÍN SIERRA PALACIOS- VICTORIA LARA GALARZA</u></p>	<p>Número de Caso</p>
<p><u>PRIMERA. -COMPARECIENTES. -</u> →</p> <p>1.1 Comparece, por una parte, JUAN MARTÍN SIERRA PALACIOS, con cédula 1745654817, ecuatoriano, mayor de edad, de estado civil casado, domiciliado en esta ciudad de Quito Distrito Metropolitano; por otra parte, comparece VICTORIA LARA GALARZA con cédula 048563484, ecuatoriana, mayor de edad, de estado civil casada, y domiciliada en esta ciudad de Quito Distrito Metropolitano.</p> <p>1.2 Las partes comparecen conjuntamente con la mediadora PAULA GODOY, Mediadora del Centro de Mediación y Arbitraje de la Universidad San Francisco de Quito.</p> <p>1.3 Para efecto de la presente acta, a la señora VICTORIA LARA GALARZA y al señor JUAN MARTÍN SIERRA PALACIOS, se los denominará como "las Partes" o "los Comparecientes".</p>	<p>Comparecientes que forman parte del proceso de mediación</p>
<p><u>SEGUNDA. -ANTECEDENTES. -</u> →</p> <p>2.1 Los Comparecientes contrajeron matrimonio el 18 de marzo del 2015.</p> <p>2.2 Las Partes procrearon una hija menor de edad que responde al nombre de SOL SIERRA LARA , quien actualmente tiene 4 años conforme consta en el certificado de nacimiento anexo como habilitante. La menor no padece de discapacidad alguna.</p> <p>2.3 Los comparecientes solicitaron al Centro de Mediación de la USFQ una reunión de mediación para resolver el régimen relativo a su hija menor dependiente respecto a: régimen de tenencia, protección y cuidado y pensión de alimentos.</p> <p>2.4 El Centro de Mediación, de conformidad con el artículo 51 de la Ley de Arbitraje y Mediación, realizó las respectivas convocatorias para que tenga lugar la Audiencia de Mediación el viernes 23 de octubre de 2020 a las 15h00pm</p> <p>2.5 Las partes, libre y voluntariamente, sin presión de ninguna naturaleza y por así convenir a sus propios intereses y a los de su hija acuerdan lo siguiente:</p>	<p>Hechos que dieron origen al conflicto</p>

TERCERA. -ACUERDOS. -

Obligaciones a las que se comprometen las partes de mutuo acuerdo

Sobre tenencia, protección y cuidado:

3.1 JUAN MARTÍN SIERRA PALACIOS compartirá los primeros 15 días de cada mes.

Mientras que, VICTORIA LARA GALARZA la cuidara los siguientes 15 días.

3.2 Las partes acuerdan alternar el cuidado de su hija SOL SIERRA LARA durante los feriados empezando por el feriado del día de muertos que estará al cuidado de VICTORIA LARA GALARZA.

3.3 En los cumpleaños de cada parte independientemente de quien este a su cuidado su hija SOL SIERRA LARA convivirá con ese progenitor en ese día.

3.4 El día en que se celebre al padre SOL SIERRA LARA convivirá con su padre JUAN MARTÍN SIERRA PALACIOS

3.5 El día en que se celebre a la madre SOL SIERRA LARA convivirá con su madre VICTORIA LARA GALARZA.

Sobre el régimen de visitas:

3.6 Las partes acuerdan que durante los 15 días en que SOL SIERRA LARA conviva con uno de los progenitores el otro podrá visitarlo libremente siempre que se comunique con el otro progenitor.

Sobre el régimen de pensiones alimenticias:

3.7 Los progenitores fijan en \$600 (SEISCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA) los gastos fijos de su hija SOL SIERRA LARA correspondientes a educación, seguro de salud, vestimenta y actividades extracurriculares.

3.8 Este valor será pagado en un 60% correspondiente al valor de \$360 (TRESCIENTOS SESENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA) por JUAN MARTÍN SIERRA PALACIOS. Mientras que, VICTORIA LARA GALARZA cancelará el valor restante de \$240 (DOSCIENTOS CUARENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA)

3.9 Los pagos serán cancelados directamente en la cuenta de ahorros No 183658392 de SOL SIERRA LARA manejada por su abuela MICHELLE LARA VIZCAÍNO, quien es una persona de confianza de ambos progenitores.

3.10 Los gastos correspondientes al diario vivir de su hija serán asumidos por las partes cuando se encuentre a su cuidado.

CUARTA. -GASTOS Y CUANTÍA DE LA MEDIACIÓN. - →

De acuerdo con el Reglamento de Funcionamiento del Centro de Mediación adscrito a la USFQ, el costo de la presente mediación asciende a la suma de \$150.00 USD (CIENTO CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON CERO CENTAVOS) incluido IVA, que serán asumidos por el señor JUAN MARTÍN SIERRA PALACIOS en su integridad.

Costo de la mediación en el caso de que el conflicto sea tratado en un centro privado.

QUINTA. - NATURALEZA DEL ACTA DE MEDIACIÓN Y EVENTOS DE INCUMPLIMIENTO. -

De conformidad con el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, este Acta de Mediación tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna.

En caso de incumplimiento de la presente Acta de Mediación, las partes se comprometen a reconocer las costas procesales que se ocasionaren por la ejecución posterior de este instrumento legal.

Las partes expresamente manifiestan que se allanan a la jurisdicción y competencia del JUZGADO DE LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN LA PARROQUIA DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA para la ejecución de la presente Acta en el caso de ser necesaria.

SEXTA. -CONFIDENCIALIDAD. -

Todos los acuerdos que constan en esta Acta de Mediación serán confidenciales, según lo establece el artículo 50 de la Ley de Arbitraje y Mediación, salvo en caso de ejecución de la presente Acta.

SÉPTIMA. -DOCUMENTOS HABILITANTES. -

Forma parte integrante de la presente Acta de Mediación los siguientes documentos:

- 1) Copia de la cédula de ciudadanía de JUAN MARTÍN SIERRA PALACIOS, padre de la menor.
- 2) Copia de la cédula de ciudadanía de DIANA PALACIOS ANDRADE, madre de la menor; y
- 3) Certificado de nacimiento de SOL SIERRA LARA , hija procreada a causa de la relación que las partes mantuvieron.

OCTAVA. - DECLARACIÓN

8.1. Las partes aceptan que los acuerdos establecidos en la presente Acta de Mediación son de obligatorio cumplimiento.

8.2. Las partes ratifican las estipulaciones contenidas en las cláusulas precedentes, en fe de lo cual suscriben el presente documento, al tenor de las disposiciones del Título II de la Ley de Arbitraje y Mediación, y declaran que tienen suficiente capacidad legal para obligarse en esta acta.

8.3. En virtud de que las partes llegaron a los acuerdos antes descritos en forma libre y voluntaria, estas renuncian a cualquier tipo de reclamo futuro judicial o extrajudicial relacionado con el conflicto que se dio por terminado con esta mediación, en los términos descritos en la cláusula anterior.

8.4. Las partes renuncian a iniciar cualquier tipo de acción tendiente a obtener la nulidad de la presente Acta de Mediación.

8.5. De conformidad con las disposiciones del artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, esta acta que suscriben las partes y el mediador tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna o en su momento se seguirá el procedimiento de ejecución, considerando además la naturaleza establecida para el acta en el COGEP.

8.6. En caso de incumplimiento de la presente Acta de Mediación, la parte que la incumpla se comprometen a reconocer las costas procesales que se ocasionen por la ejecución judicial de este instrumento legal.

8.7. Las partes aceptan que los acuerdos establecidos en la presente Acta de Mediación son de obligatorio, incondicional e irrevocable cumplimiento, conforme les corresponda.

NOVENA. - AUTENTICACIÓN Y SUSCRIPCIÓN

Para constancia de lo escrito, las partes firman en tres originales, en presencia del mediador designado para el efecto, el día de hoy viernes 23 de octubre del 2020.

Firmas de las
partes y el
mediador

JUAN MARTÍN SIERRA PALACIOS

VICTORIA LARA GALARZA

PAULA GODOY

9. Conclusiones y Recomendaciones

En consecuencia a lo expuesto anteriormente, podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico al no prohibir la tenencia compartida origina un vacío legal que al ser interpretado junto a las normas que conforman todo el ordenamiento permite establecer a la tenencia compartida como una figura que simplemente no se encuentra prevista. Todo esto otorga tácitamente a los Centros de Mediación y sus mediadores la competencia exclusiva de pactar esta figura mientras no se encuentre regulada. Por ende,

convierte a los mediadores en encargados de controlar la legalidad de los acuerdos y visibilizar los beneficios de la tenencia compartida a los progenitores en los casos en los que la tenencia es discutida. Esta visibilización permite que se pueda contemplar las distintas posibilidades que existen cuando se habla de tenencia, debido a que la falta de regulación causa que en la mayoría de los casos no se conozca la existencia de algo distinto a una tenencia monoparental.

Actualmente, la tenencia compartida pactada por mediación tiene cinco efectos principales. Tres de ellos, se encuentran relacionados directamente con la satisfacción plena del interés superior del niño al permitir el mantenimiento de un entorno familiar que se asemeja a una familia intacta, el alcance de acuerdos que emanan de las necesidades de cada familia que se traduce en un mayor grado de cumplimiento y la transformación mediante mediación de la forma en que las partes se comunican que permite que en los casos en las situaciones cambien se pueda por mediación modificar y ajustar los acuerdos a las nuevas realidades existentes.

Sin embargo, dos efectos, uno relacionado al derecho de alimentos y otro a la ejecución, se podrían en ciertos casos considerar como problemas que se originan por la falta de un marco normativo.

En lo referente al derecho de alimentos en este trabajo se estableció que siempre se debe tomar en cuenta para el cálculo del monto mínimo de la tabla de alimentos, el sueldo del progenitor que percibe más ingresos y que el pago mediante prestación directa no presenta mayor problema. En cambio, el pago mediante SUPA representa varios inconvenientes debido a que el sistema está diseñado solamente para tomar en cuenta la tenencia monoparental lo que originaría ciertas inseguridades jurídicas al progenitor que deba aparecer como obligado principal frente al representante legal.

Por último, en caso de existir incumplimiento en lo relativo al tiempo de convivencia, ejecutar un acta de mediación de tenencia compartida se convertiría en un reto para los servidores judiciales porque no podrían obligar a un progenitor a convivir con su hijo, siendo el cambio de régimen la salida más sencilla en estos casos

La mediación, en los casos de tenencia compartida, es una herramienta imprescindible para transformar la estructura de una familia tomando en cuenta variables emocionales a las que en un proceso judicial no se les otorgaría la importancia suficiente satisfaciendo, por ende, el interés superior del niño. La tenencia compartida es una figura que puede en un principio comenzar por tratarse en mediación, puesto que no en todos

los casos esta será viable. Es necesario que exista el deseo y voluntad de los progenitores y sus hijos de compartir y profundizar los vínculos parentales para que se cumplan los acuerdos que lleguen a pactar mediante un acta. Es importante terminar por establecer que, esta figura tiene un valor simbólico de compromiso equitativo de ambos progenitores que no se puede encontrar en una tenencia monoparental con un régimen de visitas.

Para finalizar , se recomienda legislar la tenencia compartida en el CONA, prever en el SUPA la existencia de dos alimentantes e impulsar nuevas fórmulas para fijar el derecho de alimentos que faciliten a los progenitores los acuerdos en pos de la calidad de vida del niño o adolescente. El reconocer esta figura no solo beneficiaría la mediación y el trabajo que supone redactar un acta en estos casos, sino también supone un beneficio al sistema judicial que debe aprovechar estos MASC para descongestionar el sistema. Adicionalmente es recomendable la realización de una política pública que visibilice la tenencia compartida como una herramienta que satisface las nuevas necesidades de las familias ecuatorianas en relación con los niños, niñas y adolescentes.