



La tenencia compartida en Ecuador como asunto transigible en mediación bajo el principio de voluntariedad

Shared custody in Ecuador as a negotiable matter in mediation under the principle of voluntariness

Guarda compartilhada no Equador como questão negociável na mediação sob o princípio da voluntariedade

ARTÍCULO ORIGINAL

Melanie Ashley Cedeño Cobeña
ashley785cc@hotmail.com

Alisson Damaris Jiménez Zambrano
damatauro2002@gmail.com

Sandro Samuel Santana Argandoña
samuelx100pre@gmail.com

Marllury Elizabeth Alcívar Toala
mealcivar@sangregorio.edu.ec

Universidad San Gregorio de Portoviejo. Portoviejo, Ecuador



Escanea en tu dispositivo móvil
o revisa este artículo en:

<https://doi.org/10.33996/revistalex.v7i27.255>

Artículo recibido el 3 de octubre 2024 / Arbitrado el 7 de noviembre 2024 / Publicado el 18 de diciembre 2024

RESUMEN

La tenencia compartida, es un acuerdo legal que establece que ambos padres tienen la custodia legal de sus hijos menores de edad en igualdad de condiciones. El objetivo es analizar la implementación de la tenencia compartida en el Ecuador como asunto transigible en la mediación. El enfoque del estudio fue cualitativo con la utilización de técnicas de revisión bibliográfica y análisis comparativo de doctrina y normativa jurídica. Los resultados evidencian que, en el contexto de la tenencia de hijos, las partes pueden acordar una tenencia compartida a través de la mediación, respaldado por la voluntariedad a fin de preservar la relación entre padres e hijos y promover soluciones que reflejen sus mejores intereses para con el menor. Se concluye que, si bien la tenencia compartida se puede realizar a petición de las partes por medio de este mecanismo de pacificación, se vuelve indispensable entablar parámetros que ayuden a evitar circunstancias donde se pueda ver violentado el interés superior del menor.

Palabras clave: Compartida; Interés; Mediación; Menor; Tenencia; Superior

ABSTRACT

Shared custody is a legal agreement that establishes that both parents have legal custody of their minor children on equal terms. The objective is to analyze the implementation of shared custody in Ecuador as a matter of compromise in mediation. The approach of the study was qualitative with the use of bibliographic review techniques and comparative analysis of doctrine and legal norms. The results show that, in the context of child custody, the parties can agree on shared custody through mediation, supported by voluntariness in order to preserve the relationship between parents and children and promote solutions that reflect their best interests for the child. It is concluded that, although shared custody can be achieved at the request of the parties through this pacification mechanism, it becomes indispensable to establish parameters that help to avoid circumstances where the best interests of the minor may be violated.

Key words: Shared; Interest; Mediation; Minor; Shared; Tenancy; Superior

RESUMO

O desvio de poder numa instituição jurídica quase desaparecida no Equador. O objetivo é elucidar o desvio de poder como limitação ao limiar do esquecimento no contexto equatoriano, com um desenho documental hermenêutico. Foi selecionada uma amostra de documentos relevantes, como o Código Administrativo Orgânico, a Constituição da República do Equador, a jurisprudência e a doutrina. Para análise dos documentos foi realizada a técnica de análise de conteúdo para identificar categorias e subcategorias relacionadas ao desvio de poder. As conclusões mostram que, apesar da clareza conceitual e da existência de quadros regulamentares, a detecção e sanção do desvio de poder no Equador apresenta desafios. Conclui-se que o desvio de poder em nível nacional tem pouco desenvolvimento jurisprudencial. O motivo é a falta de inserção expressa no ordenamento jurídico vigente, o que dificulta a tomada de decisão neste momento, efetivamente mencionando que se deve ao vício do desvio de poder.

Palavras-chave: Abuso; Desvio; Interesse; Pode; Público; Superior

INTRODUCCIÓN

La tenencia compartida, como convenio familiar luego de la separación o divorcio, ha sido objeto de un creciente debate a nivel internacional. Estudios recientes, como el de Bauserman (2022), sugieren que este modelo presenta múltiples beneficios para los hijos, porque proporciona una mayor estabilidad emocional y un mejor ajuste psicosocial. Sin embargo, su implementación exitosa depende en gran medida de la capacidad de los progenitores para cooperar y alcanzar acuerdos sobre la crianza compartida. En este contexto, la mediación familiar emerge como una herramienta valiosa para facilitar la negociación y resolución de conflictos, especialmente cuando se abordan temas tan sensibles como la custodia de los hijos.

En términos generales, la tenencia se concibe como la atribución de la patria potestad, que involucra la participación activa, directa y personal en la crianza de los hijos; más sin embargo ha recibido distintas denominaciones en diferentes países, como tenencia, guarda o custodia, responsabilidad de crianza y responsabilidad parental, la cual conlleva el contacto directo y la convivencia activa con los hijos (Cedeño, 2022).

En el contexto de la tenencia, en Ecuador, se ha observado que la responsabilidad del cuidado continúa siendo asignada a uno de los padres, mientras que al otro se le asigna la responsabilidad financiera o la implementación de un régimen alimentario, de igual forma, se ha identificado que la tenencia compartida no está contemplada en ninguno de los preceptos o normativas jurídicas en Ecuador.

Sin embargo, al haber observado que la legislación ecuatoriana prioriza el interés superior del niño como el principal criterio en asuntos de custodia, se ha podido destacar que la tenencia compartida podría llegar a considerarse si se determina que esto favorece al bienestar del menor.

En razón de ello, se buscó proponer la inclusión de la tenencia compartida como una opción negociable en los procesos de mediación en Ecuador, partiendo de la premisa, de que, al incorporar la tenencia compartida como un tema viable en la mediación, se pudiera proporcionar a los padres en conflicto un medio para entablar un diálogo voluntario, fomentando la adopción de decisiones conjuntas en beneficio de sus hijos.

En atención a lo anterior, la relevancia de este estudio radica en la necesidad de contar con evidencia empírica sobre la efectividad de la mediación familiar en la resolución de conflictos relacionados con

la tenencia compartida en el contexto ecuatoriano. Asimismo, se busca contribuir al desarrollo de políticas públicas y prácticas profesionales que promuevan la implementación de modelos de crianza compartida que garanticen el bienestar de los niños y niñas.

Desde esta perspectiva, la mediación como método alternativo para abordar la tenencia compartida subraya la importancia de encontrar soluciones pacíficas y consensuadas en lugar de recurrir a procedimientos legales más adversos. Conforme a lo anterior, es que se ha planteado la siguiente interrogante: ¿Es factible la implementación de la tenencia compartida en el Ecuador como asunto transigible en la mediación como MASC?, teniendo como objetivo analizar la implementación de la tenencia compartida en el Ecuador como asunto transigible en la mediación.

MÉTODO

El presente estudio es una investigación jurídica, se realizó en un enfoque cualitativo, basados en el paradigma interpretativo, hermenéutico, para capturar, analizar y comprender en profundidad las perspectivas legales, sociales y familiares relacionadas con la tenencia compartida y la mediación en el contexto ecuatoriano, cuyo objetivo es analizar la implementación de la tenencia compartida en el Ecuador como asunto transigible en la mediación. Para ello, se ha realizado un análisis exhaustivo de la legislación ecuatoriana, jurisprudencia y estudios de casos.

De esta manera, la fase de estudio inició con la recolección bibliográfica, la selección de la muestra se centró en leyes como la Constitución de la República, la Ley de Arbitraje y Mediación y el Código de la Niñez y Adolescencia, las cuales establecen el marco legal para la resolución de conflictos familiares en Ecuador. A partir de estas leyes, se identificaron casos judiciales que evidenciaban el impacto de la conflictividad parental en el bienestar de los menores.

Estos casos sirvieron como punto de partida para un análisis detallado de las dinámicas familiares, las estrategias de los padres y las respuestas del sistema judicial ante estos conflictos. A su vez, el desarrollo de la investigación se complementa con un estudio de jurisprudencia comparada o decisiones legales en países donde la tenencia compartida está establecida como asunto transigible en mediación.

Por último, como estrategia de análisis, se optó por un método narrativo, que permitió reconstruir las historias de vida de los menores involucrados en los casos estudiados. Este enfoque permitió comprender

las experiencias subjetivas de los niños y las niñas, así como las formas en que han dado sentido a las situaciones de conflicto. Además, se realizó un análisis comparativo de los casos, identificando similitudes y diferencias en las experiencias de los menores y en las respuestas del sistema judicial.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

A continuación, se presentan los resultados del análisis realizado sobre la implementación de la tenencia compartida como asunto transigible en la mediación en Ecuador. A través de un estudio cualitativo que combinó el análisis de la legislación, jurisprudencia y estudios de caso, se logró identificar los principales desafíos y oportunidades en la aplicación de este mecanismo de resolución de conflictos.

Teoría del caos y teoría del conflicto como antecedente de los MASC

Dentro del ámbito del derecho, se encuentran diversas teorías que enriquecen el análisis y estudio de las temáticas a investigar. En este sentido, es fundamental comprender cómo la Teoría del Caos y la Teoría del Conflicto ofrecen enfoques únicos y complementarios que pueden iluminar el desarrollo del presente trabajo.

Inicialmente, para comprender la teoría del caos, se debe entender que el caos es una condición o situación de desorden, donde los comportamientos o actuaciones son impredecibles, sin embargo, estas condiciones están ligadas a las relaciones u organizaciones humanas, donde si bien el caos no puede ser controlado de forma absoluta puede ser guiado por parámetros de comportamiento que algunos los denominan como “valores”, los cuales actúan como herramientas para establecer una dirección o para la construcción de reglas bien definidas (Pidal, 2009).

En esta teoría se plantea que en el orden mismo puede encontrarse el germen del caos. Así, por ejemplo, un gobierno autoritario termina engendrando en sí las causas que lo llevan a su destrucción (Cárdenas, 2006). Es entonces que el derecho no puede ser ajeno a la teoría del caos no solamente por el hecho de ser una teoría científica que deriva de una metáfora cultural, sino porque constituye un sistema abierto complejo e impredecible que se encuentra entrelazado con un sinnúmero de condiciones iniciales, por ejemplo, una notificación mal hecha, una norma mal invocada, una coma mal puesta o una prueba extraviada, puede cambiar la trayectoria de un proceso.

Desde esta perspectiva, se observa que la teoría del caos busca ofrecer un nuevo panorama a los mediadores en el ámbito familiar, ya que se preguntan por qué, aun siguiendo exactamente los mismos pasos o procedimientos en su trabajo con las parejas que se separan, consiguen que los resultados son tan diferentes (Parkinson, 2005).

Ahora bien, es importante señalar que tanto la teoría del caos como la del conflicto convergen en un enfoque hacia la complejidad y la dinámica imprescindible de los sistemas sociales, en breves palabras, la teoría del caos resalta que las situaciones no son estáticas, dado que las partes evolucionan y se adaptan a las condiciones cambiantes; mientras que la Teoría del conflicto, analiza dicha adaptación para comprender la dinámica del conflicto.

John Burton se destacó como uno de los investigadores más significativos en el ámbito de la Teoría del Conflicto y se le atribuye el desarrollo del concepto precursor de la resolución de conflictos. De acuerdo a Burton los conflictos son inherentes a la naturaleza humana, ya que surgen de la insatisfacción parcial o total de las necesidades (Encalada, 2021).

Conforme a esto, el autor Romero (2015), establece que el conflicto es parte natural de la vida, que incluso el hombre desde que apareció en la tierra ha tenido que enfrentar conflictos, y para ello, también ha llegado a idear formas de solución que van desde métodos más primitivos hasta los más elaborados. Por ende, se podría afirmar que los conflictos a lo largo de la historia se han resuelto de dos modos, de forma violenta o pacíficamente, sin embargo, dicha situación implica la existencia de cuatro elementos: a) varios participantes; b) intereses contrarios; c) la oposición de las partes; y d) el objeto que es el elemento de discordia.

En relación, se destaca que existen otras formas de apaciguar el conflicto, sin tener que utilizar la fuerza o la violencia, sin embargo, esto conlleva a realizar un análisis o distinción sobre las causas que lleva a crear el conflicto, y la herramienta factible para llevar a cabo este procedimiento es la comunicación entre las partes, dicho argumento se sustenta en base a lo que determina el autor Burton (1990):

Para poder abordar el conflicto hay que desarrollar la denominada “provención” pues este es el único modo constructivo de evitar el proceso de deterioro que sufre la humanidad y que afecta al hábitat y al medio ambiente en el que vive el hombre. Cuando habla de la provención se refiere a los medios por los cuales se anticipa y maneja una situación, eliminando las posibles causas del conflicto, sin la reserva de una amenaza del uso de la fuerza por lo que plantea que una buena comunicación es uno de los factores que más pueden ayudar a solucionar un conflicto.

Ahora bien, en la actualidad se puede identificar métodos pacíficos, como la mediación que conllevan a la participación de un tercero neutral que ayuda a mejorar la comunicación entre las partes involucradas en el conflicto, en este método se resalta la capacidad que tienen las partes para solucionar su problema.

En este tema, para el autor Encalada (2021) el proceso que conlleva a una resolución de disputa alternativa, consiste en la inserción de un tercero, que si bien no entra a solucionar el problema, ayuda a la interrelación de las partes involucradas en el mismo, es decir, inicia analizando la naturaleza del conflicto donde este resalta la capacidad que tienen las partes involucradas en su conocimiento e interés por la resolución del problema inicial, este proceso brota como una respuesta a la necesidad de sobreponer la imposibilidad generada por el sistema judicial. En la sociedad enmarcada por la presencia de conflictos frecuentes, se pretende generalizar la inserción de un sistema que permita la búsqueda de un sistema común, que sea capaz de adentrarse en las distintas necesidades expuestas por la sociedad insurgente.

Respecto a lo citado, se destaca la conciencia de las limitaciones del sistema judicial y la intención de abordar conflictos frecuentes mediante la generalización de un sistema que pueda satisfacer las diversas necesidades de la sociedad en un conflicto. Hoy en día, los métodos alternativos para la solución de conflictos se presentan como aquellas vías que permiten dar fin a las disputas con resultados mayormente satisfactorios para las partes involucradas.

Sistemas alternativos de resolución de conflictos

Ahora, en cuanto los métodos alternativos de solución de conflictos es importante señalar que estos refuerzan la realización de los principios constitucionales al ofrecer enfoques más accesibles, justos y participativos para resolver disputas, contribuyendo así a una administración de justicia que se alinea con los valores fundamentales de la constitución y las necesidades cambiantes de una sociedad.

Este criterio se fundamenta en la reconocida importancia de aliviar la carga del sistema judicial tradicional y fomentar opciones que promuevan la conciliación y el diálogo, dichas leyes buscan establecer un marco normativo que no solo permite, sino que incentive la utilización de métodos alternativos, como la mediación o el arbitraje, como vías efectivas para la resolución de conflictos.

En adición, cabe destacar que uno de los propósitos fundamentales del sistema legal ecuatoriano es asegurar la protección de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, en este contexto, en el ámbito del derecho público, se definen diversas formas de abordar disputas, donde estos mecanismos se aplican al caso específico, utilizando la normativa sustantiva correspondiente con el objetivo de resolver la controversia legal planteada por las partes (Reales, 2013).

Entre estos mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, el presente trabajo de investigación se enfoca en la mediación; ésta se define como un “proceso de resolución de conflictos en el que las dos partes enfrentadas recurren «voluntariamente» a una tercera persona «imparcial», el mediador, para llegar a un acuerdo satisfactorio” (Hernández, 2003).

En otros términos, también se la considerada como un proceso extrajudicial, dado que es un medio convencional para la resolución de disputas, muchas veces visto como un proceso creativo, por el hecho que conlleva la búsqueda de soluciones que ayuden satisfacer las necesidades de las partes, por ende, no está restringido o impuesto por una tercera persona (Hernández, 2003).

En un aporte a esto, para Cobo y Mesías (2018), la mediación es un proceso donde de manera voluntaria las partes involucradas en un conflicto, con la ayuda de un tercero neutral e imparcial, exploran las maneras de resolver sus diferencias para llegar a un acuerdo satisfactorio; y de manera similar, Falcón (1997), manifiesta que en términos generales la mediación es un procedimiento no adversarial en el que un tercero, que no tiene poder sobre las partes, es decir, es neutral, ayuda a que estas, en forma cooperativa, encuentren el punto de armonía en el conflicto. En este proceso, el mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trascienden el nivel de disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas.

Leyes que sustentan la aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos

El respaldo legal al uso de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos en Ecuador es evidente a través de diversas disposiciones normativas, partiendo así, de la Constitución de la República, que en su art. 190 reconoce expresamente el arbitraje, la mediación y otros procedimientos

alternativos para la solución de conflictos, siempre y cuando se apliquen en materias en las que, por su naturaleza, sea posible transigir.

Por otra parte, la Ley de Arbitraje y Mediación, que en el art. 43, define la mediación como un procedimiento extrajudicial y definitivo, donde las partes buscan un acuerdo voluntario sobre materias transigibles, reforzando así la viabilidad de este enfoque.

Igualmente, cabe determinar que el Código de la Niñez y Adolescencia (2014), en su art. 238, admite que la controversia pase a centros de mediación, si la naturaleza misma del asunto lo permite; de igual forma, el art. 294 determina que la mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia.

En el contexto de la mediación, resulta esencial comprender las materias transigibles, aquellas cuya resolución puede ser alcanzada a través de acuerdos mutuos entre las partes involucradas; de esta forma, en los siguientes apartados, se desarrolla la descripción de estos asuntos y su relevancia en el proceso de mediación.

El Código de la Niñez y Adolescencia, en el Art. 294 se indica que “la mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia”.

Sin embargo, el referido autor (Aguirre, 2014) asevera que no existe ni en la doctrina ni el ordenamiento jurídico una disposición que establezca claramente aquello que está prohibido de transar o transigir y por esta razón cita algunos casos:

En materia de familia, las contestaciones relativas a la patria potestad, a la autoridad del marido, ni sobre el propio estado de familia, ni sobre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas. La obligación de prestar alimentos, la mediación puede recaer sobre el valor a pagarse por alimentos, más no sobre el derecho de reconocerlos o no, cabe recalcar, nuevamente que el estado civil de las personas no es susceptible de mediación, pero sí se puede transigir sobre las consecuencias derivadas de esa calidad, como los efectos de la sociedad conyugal.

Desde esta perspectiva, no todas las materias son transigibles en la mediación debido a la naturaleza intrínseca de ciertos asuntos que pueden involucrar derechos fundamentales, intereses públicos o valores éticos irrenunciables.

Figura de la tenencia y fundamentos de la tenencia compartida

Ahora bien, en breves palabras se puede establecer que la figura de la tenencia radica en la separación familiar, situación que causa confrontación entre la justicia y la igualdad de derechos para ejercer la responsabilidad de los progenitores en la crianza de los menores de edad (Pico, 2023). Para el autor Aguilar (2009), la tenencia refleja la convivencia que tienen los padres con sus hijos, la cual también conlleva el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes, de esta forma señala, que también se refiere a la relación fáctica que sirve de base para ejercer los demás derechos y cumplir los deberes, y que significa vida en común, vivir en un mismo techo; estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que operen los demás atributos de la patria potestad.

En cuanto al Código de la niñez y adolescencia, en su art. 118 se determina que se confiara el cuidado y crianza a uno de los progenitores siguiendo las reglas establecidas en el art. 106, las cuales se especifican a continuación:

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

A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo/a, la patria potestad de los menores de doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que ello los perjudica.

Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional, madurez psicológica y que estén en mejores condiciones.

Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre.

En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113.

En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor.

En relación con el artículo 106, la Corte Constitucional, en su sentencia No. 28-15-IN/21, declaró como inconstitucionales los numerales 2 y 4 del Código de Niñez y Adolescencia, por el hecho que estos numerales establecen que, en igualdad de condiciones entre los padres, el juzgador daría preferencia a la madre, produciendo así una vulneración al principio de igualdad, según lo establecido en el artículo 66 de la Constitución y los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De esta manera, se sostiene que la distinción entre hombres y mujeres para asignar la patria potestad y la tenencia, al ser examinada desde el criterio de razonabilidad establecido por la Corte Constitucional, se considera un acto discriminatorio (Cedeño, 2022). Sin embargo, para este punto es cuando se plantea la posibilidad de acordar una tenencia compartida, en favor del mantenimiento de las relaciones y lazos familiares; así como en atención al interés superior del menor.

Como fundamento, cabe señalar que España en el artículo 92 de su Código Civil, referido a la guarda y custodia de los hijos, el juez acordará el ejercicio compartido de la custodia si ambos progenitores así lo hubieran solicitado en la propuesta de convenio regulador o en el acuerdo alcanzado durante el transcurso del procedimiento, cabe recalcar, que el juez procurará no separar a los hermanos. No obstante, con la nueva redacción del artículo 92.8 del Código civil español, el juez podrá convenir la custodia compartida de los hijos cuando así lo solicite uno solo de los cónyuges, fundamentándose en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Consecuentemente, con esta nueva redacción también se establecen una serie de reglas en el art. 92. 6 de la referida normativa, que deben observarse en el proceso de asignación de la guarda y custodia de los hijos, por ejemplo, se plantea que el juez “deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor”.

El apartado de este mismo artículo establece que no procede la guarda y custodia compartida cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos”, de igual forma, tampoco procederá cuando el juez advierta, a través de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica (Avilés, 2021).

Por último, cabe aclarar que la tenencia compartida, se destaca por promover relaciones parentales equitativas, basándose en el interés superior del niño, sin embargo, se debe de resaltar que su efectividad dependerá de la adaptabilidad a situaciones específicas, la colaboración efectiva entre los padres y la consistencia en su aplicación judicial. Por ende, la evaluación cuidadosa de cada caso es crucial, considerando factores como la capacidad de cooperación y el bienestar del niño.

Cabe exponer los casos que fueron tomados para el estudio y análisis del presente trabajo. Estos son casos reales que evidencian cómo los menores pueden verse afectados por la culminación de la relación de los padres en malos términos, puntualizando así los siguientes casos. Tabla 1.

Tabla 1. Presentación de casos y sus consecuencias en los menores.

Primer Caso	Una pareja casada con hijos menores de edad, de 12 y 8 años de edad, frecuentemente presenta problemas domésticos, razón por la cual un día la esposa retira a los niños de la escuela y abandona su hogar con ellos y decide irse a vivir con sus padres quienes se encuentran en una zona rural desolada. Donde se complica acceder a los servicios básicos y centros educativos, es por ello que el esposo quiere conseguir la custodia de los niños.
Segundo Caso	Otro caso relevante, es el de una pareja divorciada que habían tenido una hija de 8 años, donde la custodia fue asignada al padre, sin embargo, esta se tornó conflictiva cuando el padre empezó a dificultar las visitas de la madre y hablar negativamente de ella al frente de la menor. De esta forma, se dio inicio una batalla legal con múltiples denuncias cruzadas entre los padres, como resultado de estas discusiones, la menor llegó a presentar signos de ansiedad y rechazo por ambos padres.
Tercer Caso	Por último, el caso de un niño de 10 años que se vio envuelto en el conflicto de sus padres, quienes se separaron por tener una relación altamente conflictiva y la custodia del menor fue designada a la madre del menor, sin embargo, el padre deseaba revocar esta decisión, y para ello empezó hablar al menor negativamente de su madre, acusándola de malos tratos. En razón de ello, el menor empezó a rechazar a su madre y mostrarse confundido, lo cual afectó su rendimiento en la escuela.

Ahora bien, respecto a las vías que brinda el Estado para resolver estos conflictos, existen dos alternativas, la primera es la justicia tradicional, la cual puede detonar una enemistad entre las partes al ser excesivamente formal y por su limitada capacidad para tratar los aspectos emocionales y restaurativos de los conflictos, en segundo lugar, están los métodos alternativos de solución de conflictos, en el cual destaca la mediación, el cual es un método pacífico, donde las partes de forma voluntaria puede acudir para resolver sus conflictos y llegar a resultados más satisfactorios.

En base a esto, es que se distinguió que la vía más adecuada por la cual puedan llegar a un acuerdo mutuo y satisfactorio las partes es por los métodos alternativos de solución de conflictos, método por el cual también pueden acordar una tenencia compartida para que ambas partes formen parte del desarrollo de los menores. Teniendo en cuenta que es por medio de este mecanismo que los padres pueden trabajar juntos, con la ayuda de un mediador, para crear un entorno más colaborativo y menos conflictivo, donde el bienestar del menor es la prioridad, llevando a cabo el interés superior del menor.

Discusión

Los hallazgos del estudio indican que, en el contexto del derecho, la Teoría del Caos se puede entender como la sensibilidad a pequeñas variaciones en las circunstancias sociales, lo que puede tener consecuencias significativas en el surgimiento y desarrollo de conflictos entre eventos aparentemente no relacionados. Por otro lado, la Teoría del Conflicto se centra en la identificación, análisis y resolución de disputas; en el ámbito legal; reconociendo que los conflictos son inherentes a la sociedad y al sistema legal.

Así, como una materialización de la Teoría del Conflicto, se encuentran los casos de disputas sobre la tenencia de los hijos menores de edad; que en el caso de Ecuador la legislación revela un enfoque centrado en el interés superior del menor, reflejado en la priorización del cuidado parental que mejor promuevan su bienestar. Esto concuerda con el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia (2014) establece que se confiará la patria potestad a uno de los progenitores, considerando el acuerdo entre estos, siempre y cuando no menoscabe los derechos del hijo o hija. Anteriormente, en ausencia de consenso o si el acuerdo perjudicaba el interés superior del menor, se otorgaba la patria potestad a la madre, aún si hubiera igualdad de condiciones, a menos que se demuestre su perjuicio.

Sin embargo, la jurisprudencia ha intervenido para garantizar la igualdad de género en la asignación de la patria potestad y la tenencia, donde tomaremos en cuenta la sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional que declaró como inconstitucionales ciertos numerales del Código de Niñez y Adolescencia que otorgaban preferencia automática a la madre en igualdad de condiciones entre los padres. Esta medida se basó en el principio de igualdad consagrado en la Constitución ecuatoriana y en los derechos humanos.

A pesar de ello, la normativa ecuatoriana no reconoce la aplicación de la tenencia compartida; no obstante, para efectos de promover su ejercicio, se ha realizado un estudio sobre la ley de España, misma que regula la tenencia compartida; donde se destaca que inicialmente era el juez quien podía acordar el ejercicio compartido de la custodia si ambos progenitores lo solicitaban, procurando no separar a los hermanos. No obstante, con la nueva redacción del artículo 92.8 del Código civil español, el juez puede conceder la custodia compartida incluso si sólo uno de los cónyuges lo solicita, siempre que se argumente que esto protege mejor el interés superior del menor.

Para ello, entre los requisitos para la tenencia compartida, se destaca: Tener capacidad de cuidado, dedicación previa a la crianza, compatibilidad en el número de hijos, posibilidad de conciliar con la vida laboral, distancia razonable entre domicilios y centros escolares; así como el mantenimiento de una relación y comunicación entre los padres que no sea perjudicial para el menor.

Sin embargo, en contraste con lo dicho por el Álvarez (2023), señala que para su aplicación deben determinarse una serie de reglas o requisitos, que abarca aspectos como: Tener aptitud y capacidad de cuidado, ser compatible en cuanto al número de hijos (comunes o de otras relaciones), contar con posibilidad de dedicación futura y de conciliar con la vida laboral, distancia razonable entre los domicilios o centros escolares, la relación y comunicación entre los padres no sea perjudicial para el menor.

Ahora bien, en este marco la mediación se destaca como un método alternativo de solución de disputas, que se encuentra fundamentada en el principio de voluntariedad, permitiendo que las partes involucradas en un conflicto participen activamente en la búsqueda de soluciones mutuamente aceptables y satisfactorias; al ofrecer un espacio neutral y facilitar la comunicación efectiva, promoviendo acuerdos consensuados, evitando la confrontación legal adversarial.

De manera que, el objeto sobre la obtención de la tenencia compartida a través de la mediación se debe fundamentar en el principio esencial de voluntariedad, un principio clave que implica la participación y consensuada de ambas partes; en este caso son los padres en la toma de decisiones relacionadas con el cuidado y la crianza de los hijos. Este proceso participativo se caracteriza por la apertura al diálogo y la expresión libre de preocupaciones y deseos por parte de los progenitores, permitiendo que contribuyan significativamente al desarrollo de un plan que refleje las particularidades y necesidades únicas de su familia.

Es por ello, que a través de este mecanismo los padres pueden colaborar para diseñar un acuerdo que considere factores cruciales como la estabilidad emocional del menor, su acceso continuo a ambos progenitores, la participación en decisiones importantes y el mantenimiento de relaciones significativas con ambos padres a lo largo del tiempo.

A partir de lo descrito anteriormente, los hallazgos de este estudio apuntan a la necesidad de que se reconozca la posibilidad legal de acordar la tenencia compartida a través de una mediación; esta propuesta se sustenta en aras de establecer un mecanismo que genere resultados satisfactorios para las partes involucradas, en este caso el núcleo familiar. Estos resultados están acorde a lo que plantea

Kemelmajer (2012), quien expone que la custodia compartida se considera un derecho tanto de los hijos como de los progenitores para mantener una relación equitativa entre padres e hijos, es un derecho que no se puede ni se debe renunciar ya que surge de la familia y no del matrimonio, guiado por el principio rector del interés superior del niño, y tiene como objetivo principal asegurar que el hijo mantenga una relación significativa con ambos padres en la mayor medida posible.

CONCLUSIONES

La tenencia compartida se destaca por promover relaciones parentales equitativas en beneficio del interés superior del niño. No obstante, su efectividad depende de varios factores, incluida la adaptabilidad a situaciones específicas, la colaboración efectiva entre los padres y la coherencia en su aplicación judicial. Por lo tanto, la evaluación cuidadosa de cada caso es crucial, teniendo en cuenta elementos como la capacidad de cooperación entre los progenitores y el bienestar del menor.

Cabe destacar que, si bien la tenencia compartida se puede realizar a petición de las partes por medio de este mecanismo de pacificación, es indispensable establecer parámetros claros para garantizar el interés superior del niño. Estos parámetros podrían incluir evaluaciones psicológicas de los progenitores, la elaboración de planes de crianza detallados, la supervisión periódica del cumplimiento de los acuerdos y la implementación de medidas de protección en caso de riesgo. Además, es fundamental que se escuche la voz del niño y que se tomen en cuenta sus preferencias y necesidades.

Por último, para asegurar que la tenencia compartida tenga una implementación efectiva, es esencial que los profesionales involucrados, como jueces, abogados y mediadores, reciban una formación especializada que les permita evaluar cada caso de manera individualizada lo que permite garantizar el cumplimiento de los acuerdos. La formación continua y la actualización de conocimientos en este campo son fundamentales para garantizar el bienestar de los niños y niñas involucrados en procesos de separación o divorcio.

CONFLICTO DE INTERESES. Los autores declaran que no existe conflicto de intereses para la publicación del presente artículo científico.

REFERENCIAS

- Aguilar, B. (2009). La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida. *Derecho y Sociedad*, 191-197. <https://lc.cx/NW1ZKj>
- Aguirre, J. (2014). Materia transigible: requisito para la mediación. *Derecho Ecuador*. <https://lc.cx/be4oqU>
- Álvarez, A. (2023). Noguerasabogados. <https://bit.ly/3ZrT16P>
- Avilés, M. (2021). La custodia compartida en España. Estudio de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo tras la reforma legislativa y su impacto a nivel práctico. <https://lc.cx/6CNEd4>
- Bauserman, R (2022) Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review. *Journal of Family Psychology*. Canada, 16(1). <https://lc.cx/FUYcZT>
- Burton, J (1990). Conflict Human Needs Theory. Londres: British Library Cataloguing in Publication Data. <https://lc.cx/uxqEV6>
- Cárdenas, R. (2006). La teoría del caos y su aplicabilidad para el análisis y la comprensión de los fenómenos jurídicos. Repositorio Institucional ULima. <https://lc.cx/a1yabs>
- Cedeño, J. (2022). El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador. *Polo del conocimiento*, 930-954. <https://lc.cx/1NtsYK>
- Cobo, A y Mesías, M. (2018). Med-arb, arb-med y arb-med-arb a la luz de la legislación Ecuatoriana. *USFQ Law Review*, 36-60. <https://lc.cx/-8TeSa>
- Código Civil. (2015). Ediciones legales. <https://lc.cx/Eni1-1>
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2014). Lexis. <https://lc.cx/Azp1Lu>
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Montecristi: Registro Oficial 449. <https://lc.cx/T6scKu>
- Encalada, G. (2021). Métodos alternativos de solución de conflictos en el Ecuador: sus alcances y limitaciones. Repositorio de la Universidad de Cuenca. <https://lc.cx/tXIUxp>
- Falcón, E. (1997). Mediación Obligatoria en la Ley 24-573-1997. Buenos Aires. <https://lc.cx/zjWtkK>
- Hernández, M. (2003). La mediación en la resolución de conflictos. <https://lc.cx/guOO5T>
- Kemelmajer, A. (2012). La Guarda Compartida. Una visión comparativa. *Revista de Derecho Privado*, 231-286. <https://lc.cx/scmtj->
- Ley de arbitraje y mediación. (2015). Registro Oficial. <https://lc.cx/wjlxgi>
- Parkinson, L. (2005). Mediación familiar. Teoría y práctica., 19. <https://bit.ly/4f4cIHI>
- Pico, A. (2023). Análisis Doctrinario de la Tenencia Compartida en el Ecuador: Criterios y Factores de Valoración. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 5423-5439. https://lc.cx/uwPLk_
- Pidal, M. (2009). La teoría del caos en las organizaciones. Dialnet. <https://lc.cx/LPPtoB>
- Reales, S (2013). Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil. *Anuario jurídico y económico escurialense*, 39-62. <https://lc.cx/SiA2wn>
- Romero, A. (2015). Teoría del Conflicto Social. Dialnet. <https://lc.cx/RMF5Nd>