



El principio de voluntariedad y la tenencia en mediación

The principle of voluntariness and tenure in mediation

O princípio da voluntariedade e estabilidade na mediação

Mónica Piedra-Sarmiento ^I
mpiedra@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-9421-0636>

Esteban Polo-Pazmiño ^{II}
esteban.polo.75@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-9927-388X>

Correspondencia: mpiedra@ucacue.edu.ec

Ciencias Técnicas y Aplicadas
Artículo de Investigación

* **Recibido:** 23 de julio de 2022 * **Aceptado:** 12 de agosto de 2022 * **Publicado:** 06 de septiembre de 2022

- I. Estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.
- II. Docente, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

Resumen

En los últimos tiempos la mediación se ha visto involucrada en varios conflictos y sucesos de la realidad actual, pues este procedimiento, como el resto de métodos alternativos de solución de conflictos siempre ha estado presente, sólo se tiene que acudir a los autores clásicos y observar que se hacía referencia a ellos. Sin embargo, la mediación ha tomado fuerza a través de su verdadero desarrollo hacia una cultura de paz. El principio de voluntariedad es una característica esencial en los medios alternativos a la solución de conflictos, en el que, las partes resuelven sus controversias en materia transigible, asistidos por un tercero neutral llamado Mediador/a, el mismo que, guía, y conduce a las partes a resolver de manera eficaz, eficiente, rápida, y legal los conflictos. Si bien es cierto, dentro de este procedimiento se presentan muchos problemas al momento de resolver esta situación, y se ha encontrado en el mismo con personas, situaciones, posiciones, intereses y necesidades diferentes, así también se evidencian sentimientos, que al momento de llegar a un acuerdo de tenencia, lo único que se prioriza es todo lo mencionado anteriormente, pero no de manera consciente y responsable el bienestar de los menores, y ante este escenario, las partes deciden, y como es lógico el tercero neutral (mediador) debe respetar esa voluntad. Para esta investigación se ha utilizado una metodología histórica - lógica, así como inductiva - deductiva y dogmática jurídica, con un tipo de investigación cuantitativo, y un nivel de investigación descriptivo, lo que permite detallar y caracterizar el fenómeno en estudio.

Palabras clave: Mediación; Conciliación; Tenencia; Relación padre – hijo.

Abstract

In recent times, mediation has been involved in several conflicts and events of the current reality, since this procedure, like the rest of the alternative methods of conflict resolution, has always been present, one only has to go to the classic authors and observe that reference was made to them. However, mediation has gained strength through its true development towards a culture of peace. The voluntary principle is an essential characteristic in alternative means of conflict resolution, in which the parties resolve their controversies in compromise matters, assisted by a neutral third party called Mediator, the same one who guides and leads to the parties to resolve conflicts effectively, efficiently, quickly, and legally. Although it is true, within this procedure there are many problems when resolving this situation, and it has been found in it with different

people, situations, positions, interests and needs, thus feelings are also evident, which at the time of arrival to a custody agreement, the only thing that is prioritized is everything mentioned above, but not consciously and responsibly the welfare of minors, and in this scenario, the parties decide, and of course the neutral third party (mediator) must respect that will. For this research, a historical-logical, as well as inductive-deductive and legal dogmatic methodology has been used, with a type of quantitative research, and a descriptive level of research, which allows detailing and characterizing the phenomenon under study.

Keywords: Mediation; Conciliation; Tenure; Father-son relationship..

Resumo

Nos últimos tempos, a mediação tem estado envolvida em vários conflitos e acontecimentos da realidade atual, pois este procedimento, tal como os restantes métodos alternativos de resolução de conflitos, sempre esteve presente, bastando recorrer aos autores clássicos e observar que referência foi feita a eles. No entanto, a mediação ganhou força através de seu verdadeiro desenvolvimento em direção a uma cultura de paz. O princípio da voluntariedade é característica essencial nos meios alternativos de solução de conflitos, em que as partes resolvem suas controvérsias em questões de compromisso, auxiliadas por um terceiro neutro denominado Mediador, o mesmo que orienta e conduz as partes a resolver os conflitos de forma eficaz, eficiente, rapidamente e legalmente. Embora seja verdade, dentro deste procedimento existem muitos problemas na hora de resolver esta situação, e nela se tem encontrado com diferentes pessoas, situações, cargos, interesses e necessidades, assim também são evidentes os sentimentos, que na hora de chegar a um acordo de guarda, a única coisa que é priorizada é tudo o que foi mencionado acima, mas não de forma consciente e responsável o bem-estar dos menores, e nesse cenário quem decide são as partes, e claro que o terceiro neutro (mediador) deve respeitar essa vontade. Para esta pesquisa, foi utilizada uma metodologia histórico-lógica, indutiva-dedutiva e dogmática jurídica, com um tipo de pesquisa quantitativa, e um nível de pesquisa descritivo, que permite detalhar e caracterizar o fenômeno em estudo.

Palavras-chave: Mediação; Conciliação; Posse; Relação pai-filho.

Introducción

La Práctica Jurídica al considerar a la mediación como un Medio alternativo a la Solución de conflictos, y al tratarse de un método auto compositivo, faculta a las partes a resolver sus conflictos, quienes poseen autonomía de la voluntad, resolviendo de esta manera el problema que los asiste, con la ayuda de un tercero llamado Mediador.

Esta autonomía de la voluntad es revestida por uno de los Principios importantes que rige a la mediación, y hablamos del Principio de Voluntariedad, otorgando a las partes la libertad de decidir y acordar mediante el diálogo.

Existen algunas materias en las que se aplica el procedimiento de mediación, entre ellas la tenencia de los hijos menores en determinado momento en el que los padres consideran definirla, y este es uno de los caminos, pero es aquí en donde surge el problema, si con la sola voluntad de las partes es suficiente para tomar una decisión que marcará la vida y el desarrollo de estos menores.

Sin duda, es conveniente realizar este análisis ya que, en los casos de tenencia, los mediadores que guían a las partes a decidir de manera satisfactoria para ellas, tienen la responsabilidad de que dicho acuerdo sea legal, y legítimo, pero lo hacen sin considerar el criterio del menor, sin documentos que respalden este resultado, y entonces este tercero que es parte del proceso en cuanto inicia la audiencia, tiene que asegurarse de que los derechos del menor no serán vulnerados y serán protegidos en su máxima expresión.

En temas de familia la voluntad de las partes lamentablemente es cambiante, depende de situaciones externas para que se mantenga, y son los hijos, los menores quienes no encuentran un equilibrio desde el momento en el que se presentan estos acuerdos.

Al fundamentar este resultado en mediación con criterios técnicos y opiniones de los profesionales respectivos se estaría velando por el ejercicio y cumplimiento de los derechos del menor, ya que no solo se trata de respetar la voluntad de los padres, sino de custodiar a los menores, personas que son ajenas a este conflicto, para que puedan llevar una vida digna, y sin desequilibrios de ninguna naturaleza.

De esta manera, en un proceso de mediación se estaría velando por el bienestar integral del menor, no solamente respetando el principio de voluntad de las partes, sino preocupándose por los niños/as que son quienes sufren las consecuencias frente a un conflicto de separación de la familia. Además de que el mediador no solo como persona, sino como profesional estará

custodiando el derecho de los menores en presente y en futuro, garantizando una vida plena de derechos, plenitud y satisfacción, de manera legal y legítima, aportando así a favor de una sociedad justa y equilibrada.

Marco referencial

Antes de desarrollar el tema referente a mediación, es necesario entender de forma rápida cuando cabe este procedimiento, el momento en que puede iniciar el mismo, y sobre que principios y características se soportan para garantizar una tramitación adecuada, legal y legítima, y así garantizar satisfacción a las personas que son parte, y resolver su problema por un camino eficaz y eficiente. Un proceso de mediación “se activa cuando tenemos de por medio un conflicto” (Fuquen Alvarado, 2003, págs. 265-278).

Respecto a la cita anterior, esta manifiesta que es el núcleo de una situación con diferencias y disputas entre personas o grupos; y, se relaciona a especificaciones tanto de estructura cuanto personal, de tal manera que el conflicto tiene su origen cuando se hace presente cualquier posición de discrepancia.

Es decir, el conflicto surge de una relación social, que tiene intencionalidad, en esta interviene la voluntad, en donde se presentan derechos en disputa o intereses encontrados, y esto lógicamente da origen al enfrentamiento entre las partes, sin importar que sus intereses o necesidades sean justas o injustas, legales o ilegales, ya que lo único que prevalece en ellos es la satisfacción de sus propios intereses.

Bajo este contexto, una vez que se presenta, es necesario conocer que existen medios opcionales para el arreglo de controversias, como es el caso de la mediación; esta posee un carácter preventivo, en que las partes en conflicto manifiestan su voluntad de arreglar sus diferencias, utilizando el diálogo, en aras de un desarrollo adecuado y verdadero de una cultura de paz, con la finalidad de encontrar en ellas mismas la capacidad de negociar y llegar a acuerdos satisfactorios. Para lograr este objetivo se encontrarán asistidos por un tercero llamado -mediador- que tiene características especiales de imparcialidad, neutralidad ante la controversia y las partes.

Para esto, es necesario entender desde cuando se presenta la posibilidad de arreglar conflictos empleando un elemento importante, como es el diálogo, y sostener una conversación de manera pacífica. Es así que, se manifiesta que los conflictos se resolvían desde épocas remotas, apelando

al uso de la fuerza, pero la sociedad evolucionó y empezaron a arreglarse con la ayuda de un individuo neutral como el líder de la etnia, el eclesiástico o la persona de más avanzada edad por su experiencia.

Es en Grecia en el año 1520 a.C. en donde los conflictos eran resueltos por los Concejos anfictionicos, que se encontraban conformados por doce ancianos, quienes representaban a las tribus existentes (Mendoza Córdova, Ochoa Espinoza, & Durán Ocampo, 2019).

En Roma, con los postulados en la Ley de las XII Tablas, se dio valor a una institución arbitral, en la que las partes debían confiar sus problemas a terceros, marcándose de manera indiscutible en la edad media un carácter arbitral. Asimismo, se presentan testimonios de la utilización de la mediación entre las culturas orientales, en donde la importancia del honor es lo más valioso del ser humano, considerándose una vergüenza ir a un proceso judicial sin antes haber agotado esta instancia.

Por otro lado, Burger Warren E., Director del Poder Judicial de Estados Unidos en el año 1976, realizó una convocatoria para tratar las causas que provocaban insatisfacción del pueblo con la justicia y su administración, obteniendo de esta manera un fortalecimiento y utilización de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, creando espacios diferentes al proceso judicial (Caamaño, Merchán, & Díaz, 2015).

Sin embargo, en Latinoamérica la mediación fue adoptada de manera recelosa y con ciertas restricciones, pero en 1980 los Estados empiezan a promulgar estatutos relacionados con las diferentes maneras de solucionar conflictos, iniciando su reconocimiento y aplicación, abriendo un camino favorable a la mediación.

De manera particular, en el Ecuador la posibilidad de acceder a esta alternativa se afianza con la publicación de la L.A.M -Ley de Arbitraje y Mediación- en el mes de diciembre, del año 2006. Además, se encuentra reconocida en la Carta Magna Ecuatoriana (Art. 190), que dispone: “Se reconoce al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”.

Obteniendo así, el respaldo legal suficiente para que su figura adopte cada día más fuerza, ante un escenario en donde se presenta una carencia de administración de justicia eficiente y rápida, dando cumplimiento a algunos de los objetivos de los medios alternativos a la solución de conflictos, que son resolver los problemas del sistema judicial, garantizando a los ciudadanos una

justicia eficaz, celeridad y eficiente, en donde las partes en controversia puedan dirimir sus diferencias de manera satisfactoria.

La mediación es un proceso amigable en que las partes propician un acercamiento, mediante la autonomía de la voluntad, para que sean ellas mismas las protagonistas, con su capacidad de negociación de resolver el conflicto, opacando sus diferencias, con la intervención de un tercero, quien propicia, estimula; y guía a los intervinientes a obtener un acuerdo.

Además, la ley que ampara este procedimiento, en el artículo 43, manifiesta: “La mediación es 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 extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”. (Congreso Nacional, 2006).

Sin duda que, tomar la decisión de someter un conflicto por esta vía, no implica olvidarse de los Principios que rodean al mismo, puesto que constituyen el norte hacia el cual se dirige la mediación, por lo que son considerados como parte esencial; además, de ser los cimientos sobre los cuales la institución se consolida, y no podemos dejar de citarlos, entre ellos se encuentran:

Figura 1: Principios de la mediación

Principios

Principio de voluntariedad

Principio de confidencialidad

Principio de oralidad

Principio de igualdad

Principio de imparcialidad

Elaboración propia

Es necesario analizar brevemente en la autonomía de la voluntad, es decir, en el primero citado anteriormente, ya que es fundamental en el tema que nos ocupa, y es uno de los Principios rectores que revisten a la mediación.

De esta manera, Illingworth (2019) plantea que las partes al poseer libertad; toman la decisión de someter su conflicto a este sistema, y lo hacen porque lo escogen manteniendo un acuerdo mutuo, o porque su voluntad se encuentra abierta para asistir al mismo. Esta facultad también lo acompaña desde el momento que inicia la negociación, hasta el final de la misma. Es aquí en

donde las partes expresan libremente sus intereses y necesidades, así como se evidencian sus posiciones; y si es el caso de encontrarse ante un escenario, o ambiente en el que no es posible mantener un diálogo pacífico, se podrá suspender o concluir esta etapa sin que exista observación alguna por parte de quienes intervienen, cumpliéndose así de manera integral este principio.

Asimismo, se sostiene que es una capacidad que tienen las partes; para que puedan obtener y alcanzar por sí mismas un acuerdo, teniendo en cuenta que este proceso inicia con la buena fe, y es precisamente porque existe la voluntad de arreglar una controversia, y se encuentra presente en las diferentes fases, como son: comienzo del proceso de mediación, las negociaciones asistidas por un profesional mediador, y toma de decisiones. (Villaluenga, 2010).

Por esta razón, la voluntariedad se presenta en dos ambientes, el primero en la libertad para asistir; y, el siguiente, en la autodeterminación de mantenerse o separarse en cualquier momento, teniendo en cuenta que, son las partes quienes tienen la conducción total de las diferentes etapas de este procedimiento, a tal punto de que; los acuerdos a los que llegan en determinado momento son de absoluta responsabilidad de quien los asume, a esto se suma el conocimiento previo que deben tener ante el documento suscrito, el mismo que es de cumplimiento obligatorio y tiene carácter de sentencia ejecutoriada.

Es importante resaltar que la voluntariedad tiene el ánimo de encontrar las diferentes alternativas que permitan el acuerdo, pero debe estar acompañado de una verdadera participación colaborativa de las partes. Más si resulta lo contrario, se entiende que este principio de gran importancia y la buena fe mencionada anteriormente no existen, y esto dificultaría obtener un arreglo a su conflicto, a lo que el siguiente camino para resolverlo será el judicial. (Taraud Aravena, 2013).

Por ello, cabe mencionar que es conveniente una actitud abierta y conciliadora al momento de evidenciar; y manifestar su intención hacia el arreglo de un conflicto, ya que esto permitirá al mediador un desarrollo adecuado de la audiencia, así como también será de beneficio para las partes que intervienen.

Sin embargo, no se puede omitir la intervención y presencia de los sentimientos, y emociones en mediación, ya que estos no solo asisten a las personas que poseen un papel activo y directo (partes y mediador), sino también a quienes sin encontrarse presentes resultan implicados en el proceso (Percas Four-Pome, 2010).

Esta parte es trascendental, puesto que nos enfrentamos a una gran mezcla emocional que se debe manejar de una manera adecuada, y este deber lo tiene el mediador, quien posee el profesionalismo, pero sobre todo las herramientas para hacer frente a la situación, incluyendo técnicas para analizar la capacidad, e inteligencia emocional de las partes; además, de ser uno de los recursos propios que debe poseer.

Ahora, entre las materias transigibles que la ley permite llegar a acuerdos está de Familia, en donde se resuelven asuntos que por diferentes motivos las partes no pueden solventarlos, solicitando la intervención y la aplicación de este medio alternativo con el fin no solo de solucionarlo, sino también con el de no llegar a instancias más complejas o judiciales.

Teniendo en cuenta que la mediación es una alternativa para resolver los conflictos, es necesario comprender la importancia de esta institución en materia de familia; es decir, al momento de resolver situaciones como: pensiones alimenticias, visitas y tenencia, se enfatiza en nuestra Carta Magna que los menores se encuentran considerados como sector de consideración preferente. Además, de establecer claramente sus derechos, siendo el gobierno, la sociedad y sus familiares responsables de su crecimiento integral, velando por sus derechos (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Además, también establece que se protege a la institución de la parentela de manera preferente, determinando que tanto el padre como la madre se encuentran frente al cuidado responsable y al desarrollo integral de sus hijos, promoviendo, reconociendo, garantizando, y protegiendo sus derechos.

En mediación, como se ha mencionado, las emociones, los sentimientos juegan un papel importante, ya que son posiciones vitales al momento de integrarlas en este proceso, más aún si se trata de resolver la situación psicológica, sentimental, económica, social, familiar de un menor, que muchas veces recae en ellos los efectos negativos, lamentablemente por la presencia de múltiples conflictos entre los padres.

De igual manera, el proceso involucra las pretensiones diferentes de las partes actoras, empatándolos con asuntos emocionales que; dicho sea de paso, en un trato judicial no se otorga la validez necesaria, ya que, generalmente en esta instancia prevalece la defensa fría y técnica, representada por sus abogados. Sin duda alguna, esto impactará de manera perjudicial a los involucrados de manera indirecta que son los niños, niñas y adolescentes, pues son los padres, llevados por esas emociones, quienes adoptarán una decisión ante el problema.

Además, el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) hace referencia al beneficio sobresaliente del menor de modo integral, y es considerado como un principio, desarrollado en bienestar de los menores para garantizar sus derechos y deberes.

De tal manera que, de este principio, serán los responsables de acatarlo todos los ciudadanos, así como las instituciones, sean públicas o privadas. Pero es necesario aclarar que no solo se debe garantizar su cumplimiento, sino ajustar las diferentes acciones; y decisiones en aras de su desarrollo efectivo, desde un punto de vista amplio.

Es decir, en cualquier escenario o situación del día a día. Así también se encuentra amparado en los instrumentos internacionales, como en el Tratado sobre los Derechos del niño, y manifiesta que, en resoluciones o situaciones que se relacionen a los niños que sean adoptadas por instituciones, autoridades administrativas o legislativas deberán tener una atención especial al interés absoluto de ellos. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989).

Es necesario subrayar que, la mediación para los temas de Derecho de Familia, también está amparada de forma expresa en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en el Título XI, señalando los casos en los que este procedimiento proviene, y se aplicará siempre que los derechos irrenunciables de niños, niñas y adolescentes no sean vulnerados.

Además, señala un aspecto que no debe pasar inadvertido, como lo es el escuchar al niño, esto quiere decir que; para la autoridad o instancia respectiva es trascendental incluir al menor en los procesos en los que se encuentre involucrado, y en especial en asuntos de tenencia. (Congreso Nacional, 2003).

Con lo citado anteriormente, no cabe duda alguna que los temas de visitas, pensiones alimenticias y tenencia, pueden resolverse aplicando este medio alternativo a la solución de conflictos, como es la mediación. En especial prestar atención a los niños que pueden expresar su consentimiento de bienestar; o inconformidad al momento de decidir la tenencia sobre ellos indistintamente de quien la posea, sea el padre; o la madre.

Por último, debemos reflexionar sobre las diversas emociones sentimentales presentes en un proceso alternativo en materia de familia, sin olvidar que, de por medio, se encuentran niños, niñas y adolescentes que aceptan, o rechazan la decisión de los padres ante un conflicto, siendo afectados de manera drástica al encontrarse frente a una decisión de tenencia equivocada; y más aún sin fundamentos respaldados en instrumentos técnicos supremamente importantes, los que

deben ser elaborados por profesionales expertos en el área, tales como psicólogos, médicos, y/o trabajadores sociales.

¿Es entonces adecuado pensar, también, en que las partes con su mera voluntad son capaces de tomar la mejor solución al momento de manejar emociones en determinado proceso en pro de sus hijos? Con todo lo expuesto se concluye que, los derechos del niño deben ser vigilados cuidadosamente por las personas, autoridades e instancias; además, procurar que las decisiones en los que se encuentren involucrados deban garantizar su equilibrio emocional, sentimental, psicológico, social, familiar, educativo, con el objetivo de garantizar su bienestar y desarrollo adecuado.

Siendo así, este procedimiento legal, y legítimo, de carácter preventivo, en el que, se pretende evitar que las partes acudan a instancias judiciales, gozando de las características ágiles, eficientes, además de gozar de economía procesal, y finalizar el mismo mutuamente, de forma satisfactoria.

Figura 2: Principales características de la mediación

Característica	Definición
Consensual	Las partes adoptan libre y voluntariamente sus acuerdos bajo el principio de la autonomía de la voluntad.
Voluntario	Las partes deben participar libremente en el proceso de mediación
Extrajudicial	Esto es, en lugar de juicio y fuera del proceso judicial
No adversarial	A diferencia del litigio, siendo forma de aversión respecto de la adjudicación y se sustenta en la confrontación
Colaborativa	las partes convergen hacia la búsqueda inteligente y creativa de una solución mutuamente satisfactoria que ponga fin a la controversia

Elaboración propia

Además de estas características, se conoce de otras ventajas, tales como: la intervención de una persona independiente al conflicto. Las personas involucradas en la controversia tienen la posibilidad de escoger la institución en donde se ventilará su problema, y asistirán para resolverlo. A su vez, este centro iniciará el procedimiento designando a un profesional mediador/a experto en el área. También es informal, ya que si bien es cierto la oralidad es una

bondad presente en este ámbito. Y todo esto es posible, gracias a los principios evidenciados en su Ley, y en las normas internas de los centros de mediación.

Asimismo, el carácter confidencial que reviste al proceso, quiere decir que, todo lo tratado, desde su inicio, hasta el final, se guardará en reserva. Su audiencia, es la etapa que más importancia tiene, ya que, de ella dependerán los resultados y acuerdos en los que las partes se comprometen en cumplir. Este paso se puede desarrollar en una o varias sesiones, dependiendo de la complejidad y en diferentes días.

Lo conveniente es en formas anticipadas determinar el tiempo de duración de la sesión, permitiendo flexibilidad. Depende de la capacidad del mediador para prolongar el horario, cuando vea que la solución se aproxima, o si, por el contrario, la sesión se vuelve tensa, es preferible suspenderla y continuar en otro momento, inclusive si el mediador advierte que no existe la disponibilidad para mantener una sesión en conjunto, puede determinar su desarrollo en reuniones individuales, teniendo la posibilidad los interesados de asistir con un abogado, claro que no es obligatorio, quedando bajo su voluntad hacerlo o no. (Quinde, 2013)

Finalmente, el procedimiento termina con la expedición de un acta, realizada por el mediador/a, en donde haga constar la base legal, antecedentes, los acuerdos y compromisos, sean estos en su totalidad o en parte, así como en caso de no haber alcanzado el acuerdo, se hará constar la constancia de imposibilidad de mediación, o el acta de imposibilidad de acuerdo, según el caso. Al final firman las partes y el mediador.

Es así como, la mediación antes de un proceso judicial es válido, y al ser voluntario, las partes libremente pueden asistir al procedimiento, en donde se pueden poner de acuerdo, logrando de esta forma en lo posterior evitar un desgaste judicial, que de lograrse un acuerdo por esta vía, ayudaría mucho a reducir la carga procesal en los juzgados.

Ahora bien, una vez que se ha establecido claramente en que consiste la mediación como tal, se analiza la aplicación de este mecanismo en los procesos de tenencia, sobre todo el análisis del principio de voluntariedad que viene a ser el principal factor para que se logre un procedimiento eficaz en estos casos.

En la actualidad, la mediación en temas de familia es el método más utilizado por los interesados, en donde a nivel internacional han ajustado sus leyes para su aplicación, y en otros estados se han basado en la experiencia para implementarlos, ya que los resultados evidentes son pacíficos, y efectivos para quienes lo requieren (López, 2012).

Para ello, se indica que es la Tenencia y se cita lo aseverado por el Dr. Fermín Chunga La Monja, (2010), quien manifiesta:

Desde el punto de vista jurídico, la tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía. Sin embargo, por extensión, señala el código, la tenencia también puede otorgársele a quien tenga legítimo interés. (p. 4)

Por otro lado, también se puede decir que la tenencia o guarda es el derecho que asiste a los progenitores de mantener a los hijos a su lado, determinando domicilio y cumplir con la obligación de educarlos y velar por su crecimiento integral. Este vocablo se puede mal interpretar, ya que, aun de manera involuntaria se conceptualiza al menor en una cosa que se retiene; al punto de incorporar a expresiones y acciones diarias de manera tergiversada el término, y entenderlo como una “posesión”. (Cabanellas de la Torre, 2010)

Los jueces de familia en la actualidad sostienen que el tratamiento a esta figura es específico a los padres de manera exclusiva, debiendo facilitar su desarrollo, protección y cuidado a uno de los progenitores, sin esto cambiar el normal fundamento de la patria potestad.

La tenencia y el proceso de mediación

La ley faculta otorgar la tenencia con varias obligaciones y derechos insertos en la patria potestad, ya que los juzgadores en esta materia y aplicando la ley, otorgan la tenencia a la progenitora, pero se debe tener en cuenta que tanto al padre cuanto a la madre les reviste este derecho por igual.

Los fallos en el tema desarrollado, no causan ejecutoria, es el juzgador quien las revisa o modifica en caso de ser necesario, y si lo hace será de una forma que no cause malestar de ninguna naturaleza al menor. El juez dispone en casos específicos medidas de protección a los padres si estos vulneran los derechos de sus hijos, ordenando su detención y allanamiento al lugar de residencia en donde se encuentre el niño, niña o adolescente.

Situación totalmente contraria en la mediación, pues en este proceso se considera la decisión voluntaria de los padres, y al ser esta de mutuo acuerdo aporta a que los hijos no soporten las consecuencias negativas de una separación.

De tal manera que es de considerar las técnicas utilizadas por el mediador, y una de ellas es realizar la audiencia en un ambiente cómodo y propicio, en que las partes tengan comodidad y confianza, además de que el menor sea considerado para expresar su conformidad o inconformidad con relación a la voluntad de sus padres.

Es importante también considerar que, la voluntad de las partes tiene que ser fundamentada con informes técnicos, de profesionales, tales como psicólogos, médicos o trabajadores sociales, que se respalde y evidencie que esta voluntad mutua es la adecuada para el menor, con el objetivo de garantizar sus plenos derechos.

Esto quiere decir, que una tercera persona, desconocida al proceso, ejecute su aporte a través de sus conocimientos artísticos, técnicos, científicos o prácticos para aclarar circunstancias importantes en determinado asunto, y de esta manera adquirir veracidad sobre ellos, para el cumplimiento de una finalidad. (Sanjurjo Ríos,2013).

Hay que recalcar que esta situación es un hecho real en nuestro medio, la separación de los padres tiene como consecuencia que la familia ya no se encuentre unida, de manera física y emocional, y por lo tanto dejan de compartir situaciones del diario vivir, esto implica que, quien posea la tenencia, es la persona que se encargará del desarrollo de los menores en sentido estricto. Y en nuestra legislación se acuerda un régimen de visitas para quien no viva con sus hijos.

En este sentido, es claro que, para resolver estas situaciones familiares, es más práctico en ocasiones, a través de la mediación, llegar a un entendimiento saludable para las partes en conflicto; y consecuentemente más vulnerables que son los hijos.

Para esto se debe considerar la voluntad de los progenitores, teniendo siempre en cuenta el bienestar integral del menor, garantizando que ese momento en que los padres comparten con sus hijos sea el adecuado y el mejor, ya que de ello depende en un futuro la relación que estos pueden tener, y de esta forma aportar de manera efectiva, pero sobre todo positiva en la vida de los menores, fortaleciendo el vínculo familiar.

Principio del interés superior del menor

Una vez analizada la tenencia, es relevante analizar un principio que protege de manera íntegra al menor:

(...) es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, e impone a todas las autoridades administrativas y

judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 11)

Tal y como lo determina el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, tratando de dar énfasis en lo que significa el interés superior del niño, se puede poner de manifiesto que, el objetivo de este principio es: Coadyuvar con el crecimiento absoluto de los menores, garantizando el cumplimiento efectivo de sus derechos y principios relacionados, para lograr un desarrollo como personas dentro de una sociedad justa, ética e igualitaria.

Es fundamental al estudiar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Así lo determina el Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone: “En todas las medidas concerniente a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (CIDH, 2010)

Para, Daniel Donnel (2011), sostiene que, lo dicho quita fuerza a la Convención, ya que, al niño como persona con derechos, se le estaría condicionando en cuanto al disfrute de los mismos, ya que estarían sujetos a posibles conflictos propios con las preferencias del niño.

Algunos se cuestionan si este principio no dejaría condicionar los derechos en dicha Convención, no por ciertos problemas relacionados al equilibrio del niño en determinadas situaciones, sino de manera general, para todos los niños, en base a los valores importantes de una cultura o sociedad. De tal manera que, se debe analizar en cada sociedad las situaciones de los infantes, ya que cada una posee criterios que podría afectar la aplicación de esta normativa internacional.

Metodología

Esta investigación tiene un enfoque cuantitativo, que a través de las encuestas realizadas a los profesionales en derecho de la Universidad Católica de Cuenca se puede demostrar la importancia de lo planteado. Con la aplicación de los métodos histórico - lógico, inductivo - deductivo, y dogmático jurídico, que tienen como finalidad estudiar, identificar y fundamentar los objetivos de estudio. Así como también se lo realizó aplicando el nivel de investigación descriptiva, ya que se puede caracterizar y detallar el problema.

Resultados

Se realizaron encuestas a Profesionales del Derecho, con la finalidad de conocer la percepción en el área de mediación y el desarrollo en materia de tenencia.

Fuente: Profesionales del Derecho

Elaborado por: Autora

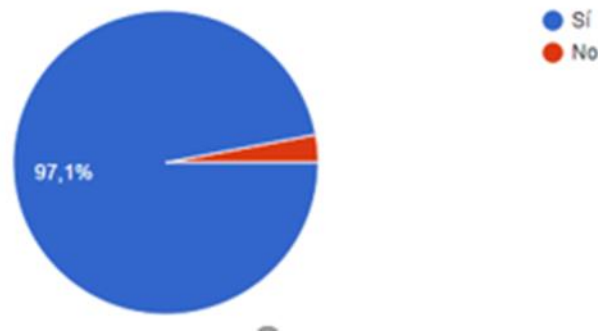


Figura 3: ¿Cree Ud. que la mediación es una herramienta efectiva para la solución de conflictos?

Análisis e Interpretación: Del análisis de esta pregunta se desprende que el 97.1% de los profesionales del derecho sostiene a la mediación como alternativa efectiva para la solución de estas controversias, mientras que el 2.9% de los profesionales considera que no es efectivo este método.

Fuente: Profesionales del Derecho

Elaborado por: Autora

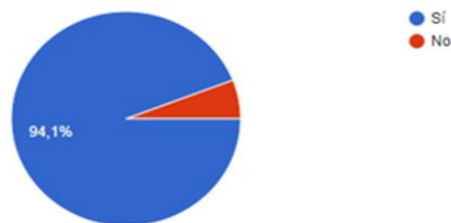


Figura 4: ¿Cree usted que la mediación familiar contribuye a la solución de conflictos de tenencia de los Niños, Niñas y Adolescentes?

Análisis e Interpretación: Del análisis de esta pregunta se desprende que el 94.1% de los profesionales del derecho considera que la mediación familiar contribuye al arreglo de controversias de tenencia de los menores, mientras que el 5.9% de los profesionales considera que no ayuda de forma completa a la resolución de este tipo de conflictos por cuanto se requiere de evaluaciones psicológicas y sociales para los menores.

Fuente: Profesionales del Derecho

Elaborado por: Autora

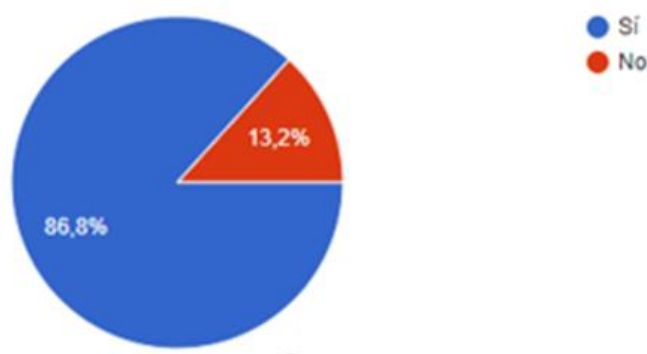


Figura 5: ¿Cree usted que la mediación en los conflictos en la tenencia de los niños(a) y Adolescentes salvaguarda los derechos y garantías de los actores principales?

Análisis e Interpretación: Del análisis de esta pregunta se desprende que el 86.8% de los profesionales del derecho considera que la mediación protege y garantiza los derechos de los menores en los procesos de Tenencia, mientras que el 13.2% de los profesionales considera que no se garantiza de forma completa todos sus derechos.

Fuente: Profesionales del Derecho

Elaborado por: Autora

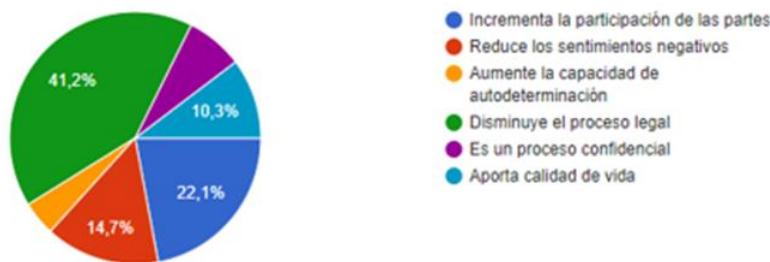


Figura 6: ¿Cuáles serían las principales ventajas del uso de la mediación en la solución de los conflictos por la tenencia de los niños, niñas y adolescentes en los Juzgados de la Niñez y Adolescencia del Cantón Cuenca?

Análisis e Interpretación: Del análisis de esta pregunta se desprende que el 41.2% de los profesionales del derecho considera que una de las principales ventajas del uso de este procedimiento en tenencia es que disminuye el proceso legal, el 22.1% indica que incrementa la participación de las partes, el 14.7% de los profesionales manifiesta que reduce los sentimientos negativos, una mínima parte, esto es el 10.3% en cambio aporta calidad de vida, mientras que el 8% indica que Aumenta la capacidad de Autodeterminación, y finalmente el 4% de este grupo de profesionales indica como una de las ultimas ventajas que es un proceso confidencial, teniendo así entonces que en su mayoría coinciden en que disminuye el proceso legal, evitando de esta forma carga procesal a más de desgaste emocional y económico.

Fuente: Profesionales del Derecho

Elaborado por: Autora

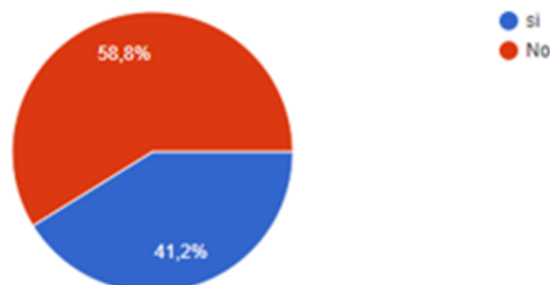


Figura 7: ¿El marco jurídico existente en el Ecuador es suficiente para fortalecer los procesos de mediación en los conflictos que se dan por la tenencia de los Niños, Niñas y Adolescentes en los Juzgados de la Niñez y Adolescencia del cantón Cuenca?

Análisis e Interpretación: Del análisis de esta pregunta se desprende que el 58.8% de los profesionales del derecho considera la legislación en el Ecuador en lo que respecta a los procesos de mediación, mientras que el 41.20% considera que no es indispensable.

Fuente: Profesionales del Derecho

Elaborado por: Autora

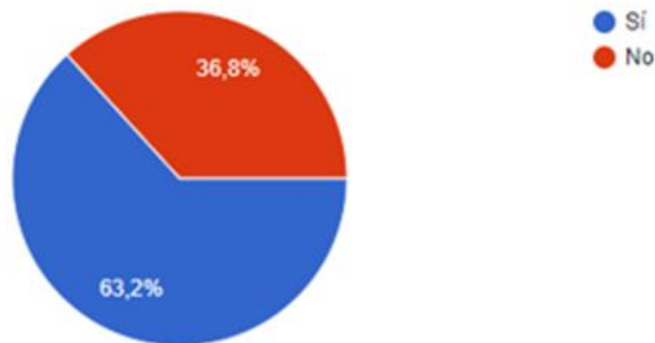


Figura 8: ¿Considera usted que los mediadores en los conflictos de tenencia de los niños, niñas y adolescentes deben ser necesariamente Abogados?

Análisis e Interpretación: Del análisis de esta pregunta se desprende que el 63.2% de los profesionales del derecho considera que de preferencia los mediadores deben ser Abogados por cuestión de conocimiento y experiencia en el ámbito, mientras que el 36.8% considera que no es indispensable.

Fuente: Profesionales del Derecho

Elaborado por: Autora

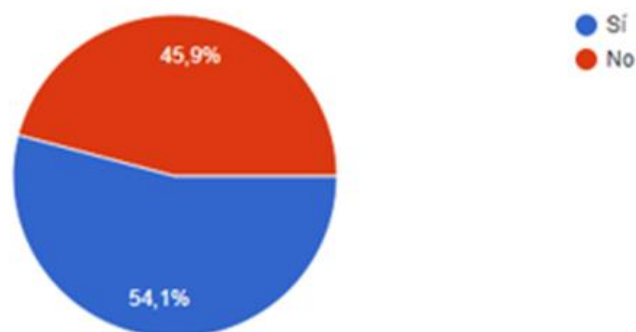


Figura 9: ¿Cree Usted que la voluntad de las partes en un proceso de mediación es suficiente para proteger, garantizar, y velar por los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en donde existen conflictos de intereses y necesidades diferentes para determinar la tenencia?

Análisis e Interpretación: Del análisis de esta pregunta se desprende que el 54.1% de los profesionales del derecho considera que la voluntariedad de las partes en un proceso de mediación es suficiente para proteger, garantizar, y velar por los derechos de los menores que se encuentran inmersos en los conflictos de tenencia, mientras que el 45.9% considera que no es suficiente la voluntariedad sino más bien se requiere de otros mecanismos complementarios para garantizar plenamente estos derechos.

Discusión

La mediación entre los objetivos tiene estimular un diálogo pacífico entre las partes involucradas en un conflicto, más aún en temas de familia, ya que existen menores de por medio, esto les permitirá clarificar sus intereses comunes y así mantener una negociación que termine en acuerdos y compromisos beneficiosos para el núcleo familiar.

Este Proceso es un instrumento donde los progenitores resuelven de forma conjunta los inconvenientes que brotan del término de su relación, tomando en cuenta que siempre y en toda circunstancia les unirá vínculos vitales, como la relación filial y por consiguiente todo lo referente a su desarrollo conductual y social. De esta manera se evidencia que la responsabilidad es compartida, de ahí que debemos tomar muy en consideración lo que tipifica nuestra

Constitución de la República, al indicar que somos responsables como sociedad, el Estado y la familia.

Actualmente, son arduos los problemas por los que atraviesan los núcleos familiares de la sociedad. Igualmente, las circunstancias que los afectan, las mismas que generan lamentables consecuencias que perjudican a toda la familia. Los efectos son impredecibles tanto en el campo personal, cuanto a nivel social, originando situaciones que producen enfrentamientos en el campo familiar.

La mediación familiar es eficaz; pues deja desarrollar una alternativa que sea utilizada para solucionar un conflicto, teniendo como finalidad el fortalecimiento de las correlaciones, además de que, dichos vínculos sigan existiendo luego de superado el problema; siendo necesario cuidar a los conjuntos más frágiles del Estado, como son los menores.

Por lo tanto, de acuerdo al tipo de investigación realizada a los abogados, que forman parte de la Universidad Católica de Cuenca, en sus resultados demuestran que la totalidad de los encuestados están de acuerdo en que debe implementarse en los casos de tenencia el uso de la mediación por ser una vía más ágil, rápida, efectiva, menos desgastante y producto de la voluntariedad de las partes.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta el criterio de los demás profesionales que no están de acuerdo con aplicar la mediación en casos de tenencia, pues indican que se deben contar con más elementos para considerar su aplicación por esta vía, lo que no estaría garantizando por completo, los derechos y garantías de los menores, y se manifiesta que en caso de no aplicar se continuaría con la modernidad legal vigente.

Bajo este contexto, se seguirán ventilando los problemas familiares solo en los juzgados, sin tener oportunidad de llegar a un acuerdo extra legal que permita tener una rápida solución a un conflicto familiar como se plantea en este trabajo de investigación, siempre y cuando se consideren incluir en el procedimiento técnicas y herramientas de profesionales con pertinencia, que garanticen el cuidado y el interés superior del niño, niña y adolescente.

Con esto, se espera contribuir a que se respeten las garantías constitucionales de este grupo prioritario, en busca de la armonía, paz y equilibrio emocional.

Conclusiones

El objetivo de optar por el acceso de la mediación en temas de Tenencia es que las partes inmersas en enfrentamiento solucionen sus diferencias, y traten de buscar un arreglo al conflicto, y al usar la mediación familiar se evitaría llegar al trámite por la vía judicial pertinente, donde existe confrontación entre las partes, esto contribuirá a que los centros de mediación realicen su trabajo sustentado científicamente a través de las herramientas a incluirse en el mismo, otorgado por profesionales técnicos..

Hay que considerar también que los procesos de tenencia, seguidos en la judicatura, retardan demasiado el ejercicio de los derechos y garantías de los actores principales., mientras que utilizando la mediación como método alternativo los derechos y garantías de las partes, son totalmente garantizados y de forma directa, pues las estrategias de mediación familiar para solucionar los desacuerdos en tenencia de los menores, son mecanismos eficaces para salvaguardar los derechos y garantías de los titulares de este derecho, siendo esta una de las principales ventajas en este tipo de procesos.

Además también se indica que cualquier profesional con permiso de un centro de mediación pueda dirigir estos procesos, sin embargo la mayoría, manifiesta que tiene que ser un abogado profesional en ejercicio, conocedor de las leyes para garantizar un procedimiento óptimo y efectivo, pues cabe recalcar también que el acuerdo extrajudicial al conformarse por la voluntad de las partes permitirá tener una rápida solución a un conflicto familiar, de esta forma los juzgados de familia se beneficiarían directamente con la celeridad de las causas, pues una de las maneras de lograrlo es a través de la mediación.

Se propone en este trabajo de investigación que todos los trámites relacionados a tenencia que ingresen a los Centros de Mediación, a más de cumplir con la norma establecida en la Constitución de la República, Ley de Arbitraje y Mediación, e Instrumentos Internacionales, realicen un procedimiento efectivo y garantista para los derechos de los menores, adjuntando al procedimiento normal y no sólo considerando la voluntad de las partes, el incluir herramientas, como informes técnicos de profesionales pertinentes en el área. Esto fortalecerá la decisión manifestada por las partes que se encuentran en conflicto al momento de este proceso, ya que se evidenciará y se proporcionará un ambiente más claro y real, sobre el cual el mediador conduce a las partes al momento de solucionar esta controversia, garantizando de una manera más efectiva el bienestar de sus hijos.

Finalmente, se pudo determinar que los profesionales del derecho que fueron encuestados en su gran mayoría a excepción de un pequeño grupo, se encuentran de acuerdo con la utilización de este medio alternativo, considerando que es un mecanismo adecuado para solucionar conflictos de tenencia sin lesionar derechos y principios. Más otro grupo evidencia no estar de acuerdo solucionar estas controversias de familia, por esta vía, ya que se presentan intereses encontrados y en disputa al momento de este procedimiento, pudiendo afectar los derechos de los menores al encontrarse en una situación de conflicto.

Referencias

1. Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1989). *Convención de los Derechos del Niño. Resolución 44/25*.
2. Asamblea Nacional Constituyente. (20 de Octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Manabí, Ecuador: Registro Oficial N° 449.
3. Congreso Nacional. (2012). *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Título II Principios Fundamentales Art. 11. Quito: La jurídica.
4. Caamaño, N., Merchán, S., & Díaz, S. (2015). *La Mediación y Justicia en la solución pacífica de conflictos en Ecuador. Negotium*.
5. Cabanellas de la Torre. (2010). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Eliasta,
6. Chunga, L. (2010). *Derecho de Menores*. Argentina: Ediciones 2001.
7. Congreso Nacional. (3 de enero de 2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito.
8. Congreso Nacional. (14 de diciembre de 2006). *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial 417. Quito.
9. Donnel Daniel. (2011). *Interés superior del niño*. Obtenido de [www. Interés superior del niño.com](http://www.interes-superior-del-nino.com)
10. Fuquen Alvarado, M. E. (2003). *Los Conflictos y las formas alternativas de resolución. Tabula Rasa*, 265-278.
11. López, M. (2012). *La Mediación Familiar, como método alternativo de solución de conflictos familiares*. Revista Caribeña de Ciencias Sociales, 5

12. Mendoza Córdova, K. T., Ochoa Espinoza, A. M., & Durán Ocampo, A. R. (2019). *Algunas consideraciones sobre la Mediación y Arbitraje. Opuntia Brava.*
13. Perczaz Four-Pome, M. (2010). Las emociones en Mediación. *Revista de mediación*, 16-21.
14. Pozo Illingworth, T. (2019). *Cultura de paz, solución alternativa de conflictos y mediación.* Cuenca: Universitaria Católica (EDÚNICA).
15. Sanjurjo Rios, E.I. (2013). *La prueba pericial en el proceso civil: Procedimiento y Valoración.* Madrid: Reus.
16. Taraud Aravena, C. (2013). *El Principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar en Chile.* *Opinión Jurídica*, 115-132.
17. Villaluenga, L. G. (2010). *La Mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.* *Revista General de Legislación y Jurisprudencia.*

© 2022 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).