



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

“LA MEDIACIÓN COMO EL MEDIO IDÓNEO PARA
RESOLVER LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN
FAMILIAR”

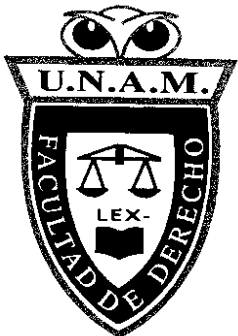
T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

YOALI TONÁNTZI JUÁREZ HERNÁNDEZ

ASESOR DE TESIS: LIC. JESÚS VILCHIS CASTILLO



CIUDAD UNIVERSITARIA

México, D. F., 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mamá

A ti, noble mujer que día tras día cuidaste de mí
hasta verme realizada como mujer y futura profesionista:

Gracias por ser mi madre.

A papá

Hombre perseverante,
Quien con su ejemplo y dedicación al trabajo, hiciste de tus hijos, gente de bien.

A mis hermanos

Mi amor y reconocimiento imperecedero a su solidaridad fraternal.

A todos mis amigos.

Gracias por dispensarme su amistad.

A la Universidad Nacional Autónoma de México.

El compromiso constante de ser mejor profesionalista y mexicana ejemplar,
porque llevaré muy en alto, el nombre magna institución.

Al Licenciado Jesús Vilchis Castillo

Quien con paciencia y sabiduría supo dirigir atinadamente este trabajo.

A todos mis maestros

De quienes aprendí a lo largo de mi trayectoria estudiantil que la forma idónea
para superarse, es el estudio.

A la Doctora, María Leoba Castañeda Rivas.

Que con paciencia, profesionalismo y atinados comentarios, está dirigiendo
acertadamente el Seminario de Derecho Civil de la UNAM.

“LA MEDIACIÓN COMO EL MEDIO IDÓNEO PARA RESOLVER LAS CONTROVERSAS DEL ORDEN FAMILIAR”

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES DE LA MEDIACIÓN

| | | |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1.1. | Evolución de la mediación en el Derecho Antiguo..... | 2 |
| 1.2. | La mediación en el extranjero..... | 10 |
| 1.3. | La mediación familiar en el Derecho Mexicano. | 17 |
| 1.4. | Concepto de mediación y de violencia familiar..... | 21 |
| 1.5. | Apreciación jurídica de la conciliación en las diversas ramas del Derecho Mexicano. | 28 |

CAPÍTULO 2

LA MEDIACIÓN EN LAS CONTROVERSAS DE ORDEN FAMILIAR DEL ARTÍCULO 941 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

| | | |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.1. | Conflictos derivadas de las controversias de orden familiar. | 36 |
| 2.2. | Controversias relacionadas con menores..... | 46 |
| 2.3. | Controversias derivadas de alimentos..... | 52 |
| 2.4. | La Psicología y la ayuda brindada a los menores y víctimas de violencia familiar. | 69 |

CAPÍTULO 3
TRASCENDENCIA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL CONFLICTO DE
DIVORCIO

| | | |
|------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.1. | La crisis de la familia actual..... | 74 |
| 3.2. | El divorcio un mal necesario..... | 81 |
| 3.3. | La violencia familiar como detonante del divorcio. | 90 |
| 3.4. | Aspectos psicosociales necesarios para efectuar el proceso de medición en situaciones de separación y/o divorcio..... | 99 |
| 3.5. | La figura del mediador familiar y sus características en la medición de conflictos familiares. | 104 |

CAPÍTULO 4
LA MEDIACIÓN COMO EL MEDIO IDÓNEO PARA RESOLVER LOS
CONFLICTOS FAMILIARES

| | | |
|---------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.1. | La mediación como herramienta eficaz para resolver los conflictos familiares. | 110 |
| 4.2. | El derecho que tienen las partes a ser oídas en la mediación..... | 113 |
| 4.3. | El derecho del niño a ser oído en la mediación. | 116 |
| 4.4. | Procedimientos para la resolución de los conflictos. | 122 |
| 4.5. | La psicología como auxiliar determinante en la mediación..... | 129 |
| 4.6. | Operancia de la mediación en nuestro derecho, ventajas y desventajas. | 133 |
| CONCLUSIONES | | 143 |
| BIBLIOGRAFÍA | | 146 |

INTRODUCCIÓN

La tesis que presentamos a su siempre atinada consideración está motivada en razón del auge que en nuestro derecho cobran los medios alternativos de impartir justicia como en el caso específico de la mediación el cual, alienta por muchos juzgadores que ven a dicho instrumento como una forma de agilizar el trabajo en los tribunales del Distrito Federal.

Consideramos, en razón de la experiencia laboral obtenida en el centro penitenciario femenino Santa Martha Acatitla en esta ciudad que la mediación, cuando se utiliza de manera preventiva puede ser medio idóneo para resolver las controversias de orden familiar, en el caso de divorcio, alimentos y específicamente en el de violencia familiar donde el mediador ayudado por profesionistas en psicología y de otras materias ajenas al derecho se puede lograr una eficiente y eficaz impartición de justicia en esta materia, sólo será cuestión de observar y aplicar correctamente las propuestas que a lo largo del trabajo se pretende hacer donde se respeten y salvaguarden los derechos de los ciudadanos que eligen ésta forma de solucionar sus conflictos.

Los beneficios obtenidos mediante esta forma alternativa de solucionar los conflictos debe incluir también la protección legal, el cumplimiento de acuerdos obtenidos a través de la mediación y de las decisiones de un árbitro, conducción expedita de los casos y uso de técnicas no coactivas para alcanzar un acuerdo.

Un mediador familiar, formado como tal, y apto para prevenir antes que curar, podrá actuar mucho mejor, en ciertas ocasiones, al aportar su presencia y su efecto catalizador: por ejemplo cuando haya dificultades en una pareja o en las relaciones entre padres e hijos. Pero el caso contrario no es cierto: el mediador llamado familiar que no responde más que a los casos de urgencia (de separación o de divorcio) se habituará a hacer la mediación como un técnico que cura a un accidentado; según sus características será un técnico-psicólogo o un técnico-jurista, y tenderá a solucionar lo más urgente de manera externa.

Empezar desde abajo, aprender a saber como prevenir los problemas, es procurarse una capacidad real de discernimiento y ser lo más eficaz posible en todos los casos. Ahora bien, por haber ignorado esta necesidad absoluta de prevenir y estudiar primero la evolución familiar, todo un conjunto de acciones de socorro que se han llevado a cabo han situado a la mediación familiar en un callejón sin salida, un peligroso a días y a corto plazo que pueden llevar irrefrenablemente, si nos quedamos sólo con eso, a un fracaso rotundo de la mediación familiar.

Si analizamos el proceso veremos por qué, habiéndose privado de la fuente de la prevención, toda una corriente que se entusiasmó con una cierta mediación familiar desarrolló, no solamente prácticas que dan la espalda a lo que se realmente una mediación digna de ese nombre, sino también otras que, quizá sin quererlo, por el hecho mismo, han falseado la mediación al hacer de ella una mezcla de psicologismo y de jurismo. A partir del momento en que la

mediación familiar se centra en el divorcio y la separación, de una manera increíble, el juez y el abogado, el asistente social y el psicólogo, sus tutores, sus cuatro agradecidos padrinos, la reducen al máximo. Llega un psicólogo que se llama a sí mismo mediador familiar porque acude en ayuda de la pareja para proyectar un poco de luz en la crisis y trabajar con el fin de que los niños sufran los menores traumas posibles; el asistente social se llama mediador familiar porque aporta soluciones prácticas; el abogado también quiere ser mediador familiar al asegurar que es indispensable para que todo transcurra sin problemas en el tema de la ley. Todo el mundo es mediador, como diría Jean Yanne.

Desde luego, todo el mundo debe ser mediador: cada uno allá donde esté, en la vida de cada día, debe intentar, es una cuestión de civismo, ser un tercero, suscitar espacios intermedios en los que dos vecinos puedan hablarse o dos empleados de una empresa puedan dialogar.

Por lo anterior es pertinente establecer e incentivar en nuestro derecho la solución de conflictos por medio de la mediación. Para ese efecto el trabajo en comentario se dividió en cuatro capítulos los cuales a continuación se detallan.

En el capítulo primero como su nombre lo indica se precisan los antecedentes de la mediación desde sus primeras manifestaciones en el derecho antiguo, su evolución en el extranjero así como la instauración de ésta en nuestro país.

La mediación en las controversias de orden familiar derivadas de la lectura del artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; son motivo de estudio en el capítulo segundo de nuestra exposición donde hacemos un análisis de las controversias derivadas de orden familiar, es decir, su regulación actual y más que nada, cómo serían éstas si se cuenta con el auxilio de la mediación.

En el capítulo tercero se habla de la trascendencia de la mediación familiar en el caso específico de divorcio se atiende a la crisis de la familia actual prevenido si el divorcio puede concebirse como un mal necesario y hasta qué punto, la violencia familiar es un detonante del divorcio. Así mismo se señalan algunos aspectos psicosociales que son necesarios para efectuar el proceso de mediación en situaciones de separación.

Finalmente en el capítulo cuarto, después de haber fundado y motivado la vialidad para aplicar la mediación en nuestro derecho como el medio idóneo para resolver las controversias de violencia familiar, será en este capítulo cuarto y último de nuestro proyecto donde concertamos la idea de aplicar la mediación de acuerdo a nuestra realidad jurídica y procedimental actual.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES DE LA MEDIACIÓN

De manera general se puede decir que la figura jurídica de la mediación ha sido reconocida a través del tiempo, como una solución afectiva de resolver conflictos.

“Los primeros antecedentes se remontan a la antigua China, donde el filósofo y pensador Confucio fuera quien más abrogara por la defensa de ese método resolutivo de contiendas, como una forma de preservar el orden natural en las relaciones de vecindad y regular convivencia en que los hombres se encuentran interesados, y que, según opinaba, no debía encontrar fracturas a fin de no desembocarse en la instalación de una cultura litigiosa, ajena a los principios de espiritualidad y sociabilidad imperantes por entonces”.¹

Es en ese país donde la aplicación de ese instituto perdura hasta el presente, fundado ello en las razones esgrimidas por la filosofía confuciana y sustentado en el respeto superior que se otorga a los individuos en aras de autodeterminación, para resolver sus diferencias.

En la República Popular China, debido a la superpoblación y expansión demográfica en constante aumento, la mediación constituye un elemento primordial dentro del orden legal, sin la cual la convivencia se tornaría prácticamente imposible y el congestionamiento judicial desbordaría la

¹ FRANCOIS SIX, Jean. Dinámica de la Mediación. 4ª edición, Editorial Paidós, Argentina. 2002. p. 6.

factibilidad de resolución de conflictos, al colapsar todo el sistema jurídico institucional.

1.1. Evolución de la mediación en el Derecho Antiguo.

Mucho se ha hablado de los métodos alternativos de resolución de conflictos, y estamos convencidos de que la reina es la mediación. Pues bien, entendemos que es una de las mejores formas que tiene el ser humano, de manejar y resolver todas aquellas situaciones de crisis que dificultan su vida de relación. Al lograr con ello la paz interior, que lleva consigo un mejoramiento de la propia vida y repercute positivamente en la sociedad. Es por esta razón que sostenemos que este método ayuda al mejoramiento de la paz social y contribuye a arreglar los conflictos en forma pacífica.

“El conflicto nace con el propio hombre, pues al nacer ya tenemos el primer conflicto al abandonar el seno materno, tan cómodamente nos aloja y al reconocer un medio hostil lleno de luces, ruidos, voces desconocidas, etc., en el quirófano. En ese instante ya tenemos la primera crisis, que obviamente la damos a conocer por medio de llantos, o sea que la crisis nace y es inherente al hombre”.² Pero lo importante de la crisis es justamente superarla, y ello implica un avance, un crecimiento del ser humano, o sea que también tenemos en claro que el conflicto nace con el propio nombre y que forma parte de su lógico crecimiento.

² Ibidem. p. 7.

Es por ello, que para hablar de mediación o de métodos alternativos de resolución de conflictos, debemos remontarnos al hombre cavernario, y así hacer un breve recorrido histórico, por lo pueblos y sus historiales para ubicarnos en sus necesidades y evoluciones; hasta llegar a nuestros días y al porqué de esos comportamientos.

Es dable destacar también que existen otras fuertes razones por las que el hombre no desea perder el control y manejo de su propio conflicto. Esta circunstancia, analizada desde el punto de vista del grave desprestigio de la administración de justicia, implica someterse a los vaivenes y resoluciones, ya sean política o no, de esta terrible situación que nos lleva al desgaste jurisdiccional y sus implicancias, que pueden ser gravísimas, atento que algunos desprestigiados jueces disponen irresponsablemente de nuestros bienes y de nuestra libertad, dos valores absolutamente caros a cualquier ser humano. Este ha sido otro de los argumentos de peso que ha favorecido la búsqueda de métodos de resolución alternativa de conflictos, donde el mismo mediado maneja sus intereses y posiciones, con la asistencia del mediador o facilitador de la comunicación rota entre las partes, al conservar su libertad y poder de decisión.

Debemos analiza la evolución histórica de esta institución tan apreciable a los sentimientos del hombre, por ser la más utilizada, ya sea en forma empírica, como hasta hace poco tiempo, o por medio de las técnicas que se utilizan hoy en día y que se han perfeccionado a lo largo de la última década, gracias al trabajo transdisciplinario, que aporta diversos aspectos para su

enriquecimiento y perfeccionamiento, con el fin de lograr el objetivo final, que es la paz social.

Otro aspecto fundamental a analizar es el estrés que produce y mantiene el conflicto. La mala educación o la deformación en la relación con los otros lleva al hombre a comportarse irracionalmente en vez de sentarse a estudiar las circunstancias y desarrollos de su pensamiento.

Todo ello, porque el conflicto, enemigo conocido de nuestra tranquilidad, no es motivo de análisis y estudio para educar en nuestra sociedad a los individuos, formándolos en el desarrollo de comportamientos racionales adecuados para la solución de cada desinteligencia.

Es necesario, entonces, para abordar este trabajo, situarnos en aquellos aspectos que permitan valorar los aspectos que permitan valorar los aportes que ha conocido el mundo, en materia de conflictos.

“Ello no debe juzgarse en función de una definición o delimitación en el campo de acción, en el terreno de los conflictos, puesto que las hipótesis conflictivas son todo terreno, y un trabajo que pretendiese definir acciones o conceptos en este punto correría el riesgo de limitar nuestra visión, al reducir la tarea a un revisionismo histórico, del comportamiento humano y sus razones, en vez de procurar el desarrollo de nuestra formación cultural en el campo de solución de los conflictos”.³ A ese desarrollo juzgamos apropiado llegar o

³ DUPUIS, Juan Carlos. Mediación y Conciliación. 2ª edición, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 2003. p. 3.

abordar al enriquecer nuestra experiencia y la contracción a una actividad pensante y serena que incorpore tanto la criatura razonadora y responsable, como el sentido intuitivo que se forja con la formación del árbitro o mediador, acostumbrado a la visión objetiva y ecuánime, y al estímulo del espíritu cautivo como guía positiva de las partes en conflicto.

En las antiguas civilizaciones era moneda corriente esta forma de resolución de conflictos. Cuando en los pueblos nómadas o en las tribus, llamaban al más viejo del clan, no era ni más ni menos que para que mediara o resolviera de acuerdo con la experiencia de los años vividos en la contienda, se llama a las partes a la reflexión.

Desde la organización básica primitiva familiar, las órdenes tribales, a la autoridad del señor feudal, hay una franca evolución para tratar de ayudarnos mutuamente a vivir sin graves perturbaciones.

Así, en la antigua China “trataban de resolver todas sus desavenencias, fueren del orden que fueren, a través de la utilización de la persuasión moral y el acuerdo. Así lo define Confucio. Este filósofo hablaba de un orden natural, que no debía interrumpirse, ni romper este equilibrio natural. Este notable pensador chino vislumbraba lo que nosotros hoy en día llamamos la paz social, razón por la cual nos hemos enrolado dentro de estos principios y, a su vez, somos sus celosos custodios”.⁴

⁴ Ibidem. p. 4.

La mediación se aplica hoy en día, a través de la Institución de los Comités Populares de Conciliación.

También en el Japón la forma de resolver los conflictos pacíficamente se ha impuesto desde épocas inmemoriales, cuando el líder de las poblaciones, que generalmente coincidía con la persona más vieja del lugar, era llamado para dirimir las controversias.

Muchos observadores sociales han destacado “que en el Japón, justamente por la utilización masiva de resolución de métodos no adversariales para sus conflictos, existen muchos más floristas que abogados, aun hoy en día, pues la utilización de estos métodos alternativos es la forma natural de resolver sus contiendas”.⁵

En algunas partes África se reúnen en Asambleas o Juntas de Vecinos y han utilizado este método para resolver sus contiendas personales durante siglos.

Cualquier persona que tiene un problema con otro puede convocar a la asamblea de vecinos, con presencia de la persona más destacada de la ciudad, o de la autoridad. Parece que ésta es la forma de resolver los conflictos que ha dado óptimos resultados por dos motivos: primero, por ser la forma natural que ellos conocen y es la que prefieren; segundo, porque le esquivan a que un tercero o Juez les aplique una sanción, pues como existe una cadena

⁵ AIELLO DE ALMEIDA, María Alba. Mediación: Formación y algunos aspectos claves. 5ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001. p. 19.

de parentesco, generalmente, entre los habitantes de una villa o pueblo, este sistema actúa también como un entretejido de contención social, con componentes afectivos, por los lazos familiares que los unen, y esto es muy importante.

No debemos olvidarnos de la importancia que tuvo la Iglesia en la resolución de conflictos entre sus miembros; el ministro, el rabino o el párroco intervenían como mediadores, y en especial en los conflictos de orden familiar. “En el mismo orden de ideas el Apóstol Pablo sugiere que nombren personas de la colectividad para conciliar sus diferencias, y en el Evangelio de San Mateo leemos: Benditos los pacificadores porque ellos serán llamados hijos de Dios”.⁶

Los distintos grupos humanos se han organizado de formas variadas, para resolver las contiendas entre sus miembros, y evitar así recurrir a terceros, que impusieran sus criterios. Estos métodos hicieron posible organizarse y resolver las disputas sin perder su independencia.

En siglos más recientes, en F.E.U.U., los distintos grupos étnicos, por razones de hambre, guerra, etc., se organizaban en diferentes maneras, que les permitían resolver sus conflictos, al utilizar los principios y concepciones que los caracterizaban o diferenciaban de los demás grupos, sin intervención de terceros extraños, que no conocían su idiosincrasia, sus valores, sus forma de vivenciar la propia realidad.

⁶ Ibidem. p. 20.

“Así, la Chinese Benevolent Association que a través de la mediación resolvía sus conflictos. Otro ejemplo en aquel país es el de los grupos judíos, con su propio fuero de mediación, el Jewish Conciliation Board.

Asimismo, la Iglesia católica, creó en EEUU una institución llamada Christian Conciliation Services, que contaba con cursos de capacitación para mediadores eclesiásticos”.⁷

Así llegamos al Tribunal de Aguas de Valencia, que fue un prestigioso organismo que logró, gracias a la celeridad, inmediación, facilidad, imponerse para resolver los pleitos entre los comuneros. Actuaba prácticamente en todas las resoluciones de conflictos que se producían en las aguas de la Vega de Valencia. Funcionaba llamativamente en plena vía pública, en la puerta del ala central de la Catedral de Valencia. Se reunían todos los jueces para realizar sus audiencias que, por supuesto, eran públicas. De esta ceremonia hace una pintoresca descripción el autor Víctor Fairen Guillén, en su libro El proceso antenal, obra: El Tribunal de Aguas de Valencia.

“Comienza la audiencia bajo la tutela de un presidente, que tiene el tratamiento de quien interroga y dirige las preguntas y el debate, a integrantes del Tribunal. Este Tribunal funciona gracias a la confianza pública y a la autoridad moral que el mismo Tribunal intrínsecamente tiene. Este autor toma este antecedente como el antecedente inmediato de la mediación de nuestros días”.⁸

⁷ GARBES, Carlos. La Mediación funciona. 3ª edición, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 2000. p. 26.

⁸ Ibidem. p. 27.

Las distintas reclamaciones efectuadas por los americanos, que por su idiosincrasia litigan mucho más que en otros lugares del mundo, han producido un encarecimiento de los tribunales, al provocar demoras monstruosas, y demás problemas producidos por los altos costos judiciales. Esta situación descripta los ha hecho agudizar el ingenio y los ha obligado a pensar en la aplicación masiva de los métodos alternativos de resolución de conflictos, que desde hace prácticamente tres décadas cada día crecen más.

Así se crearon varias instituciones tanto para la formación de mediadores y árbitros, como para el estudio de la aplicación de las técnicas. No es tampoco casualidad que todos nuestros primeros mediadores hayan contado con la formación en el país del norte, para obtener sus conocimientos sobre la utilización de los métodos y técnicas.

“Tenemos, por ejemplo, a la American Arbitration Asociación A.A.A., que capacitó a muchos de nuestros mediadores, con el objeto de adiestrarlos en la aplicación de las técnicas aprendidas. Asimismo, existen varias instituciones para la resolución de los conflictos por métodos alternativos, y muchas de ellas se especializan en Mediación Familiar, Empresarial, Educacional, de la Vecindad, etc. La cuestión es sustituir a los tribunales tradicionales, por estos métodos, más rápidos, expeditivos, económicos, y donde las partes son las que elaboran sus propuestas”.⁹

⁹ LASCADA, Jorge Hugo. Aspectos Prácticos en Mediación. 3ª edición, Editorial De Palma, Argentina, 2001. p. 31.

Así, en 1968, se creó un importante primer grupo de Mediación Ambiental y Recursos Naturales, actualmente denominado Accord Associates, para tratar justamente estos temas específicos.

1.2. La mediación en el extranjero.

A continuación desarrollaremos un breve panorama general de la forma en que algunos países han encarado la mediación, pues consideramos que el análisis de experiencias diferentes puede ayudarnos a encontrar los perfiles exactos que, en cada pueblo y en la tarea específica de cada mediador, deben encontrarse para una más eficaz intervención como facilitador de la comunicación entre los seres humanos.

La selección ha sido quizás algo arbitraria, en cuanto nos hemos detenidos en aquellos países que son más afines con nuestra idiosincrasia y en aquellos que, sin serlo, han perfeccionado ciertos aspectos o profundizado áreas que aún permanecen postergadas en nuestro medio.

“En **Bolivia**, existen centros de conciliación integrados por vecinos relevantes, comerciantes y todos aquellos que tengan capacidad y formación para mediar, los que están controlados por el Estado y desarrollan su actividad en el seno de las comunidades”.¹⁰

A pesar de no estar reglada, ni legislada, la mediación, en forma natural y empírica, se utiliza para resolver las contiendas vecinales.

¹⁰ Ibidem. p. 32.

“La tradición de la comunidad aimará, que es un general la de la mayor parte de las comunidades autóctonas de Bolivia, ha utilizado desde siempre el recurso del tercero más reconocido de la tribu o del grupo para encontrar solución a los conflictos. Es, entonces, el brujo, el cacique, el jefe, el padrino, las juntas de vecinos, quienes prestan este servicio de acercamiento de las partes. Generalmente no lo hacen, ni en la actualidad, profesionales del derecho, sino los facilitadores, líderes de la comunidad, que son los líderes naturales, que más acercamiento tienen con la gente del pueblo”.¹¹

Desde hace algunos años, sin embargo, se trabaja desde el Ministerio de Justicia y las Facultades de Derecho para poder sembrar, organizar y legislar estas nuevas alternativas.

“La única legislación existente en relación con los métodos alternativos de resolución de conflictos, en Bolivia, es la Ley de Arbitraje y Conciliación No 1770, que se sancionó el 10 de marzo de 1997. Previamente a la sanción de esta ley, se utilizaba la mediación en forma natural y empírica, que busca al mediador entre las personas más destacadas de la comunidad”.¹²

Colombia, contempló como ley 23 del año 1991, la ley de Descongestión de Tribunales, que reglamenta algunos métodos alternativos de resolución de conflictos.

“Se crean Centros de Mediación, controlados por el Ministerio de Justicia de ese país, que funcionan en dependencias barriales, Cámaras de Comercio

¹¹ Ibidem. p. 33.

¹² BARBOSA-MAGRIS, Gay. Mediación. 7ª edición, Editorial Córdoba, España, 2003. p. 114.

locales, las Facultades de Derecho, etcétera. Se crea un organismo de supervisión y se reglamentan los requisitos mínimos que debe reunir el mediador, como la formación, capacitación y otros”.¹³

El trámite, al igual que nuestra ley, tiene principios fundamentales como la confidencialidad, pero la asistencia letrada no es obligatoria. El requirente llena un formulario en el centro al que asista, dentro de los dos días se nombra un mediador, que fija la fecha de audiencia y cita al requerido, realizándose la audiencia para tratar de lograr el acuerdo.

En este país, en 1989 se modificó el Código Procesa, y en todos los campos del derecho hay conciliación previa obligatoria.

“Posteriormente, se dictó la Ley No 383, de fecha 7 de octubre de 1997; y la más reciente, una novísima legislación sancionada el 7 de julio de 1998, la ley 446, denominada Ley de Descongestión de la Justicia Colombiana, se divide en seis partes. La tercera de ellas, titulada Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, posee algunas características que nos interesan comentar”.¹⁴

Es importante destacar que en esta ley se hace referencia a la conciliación, aunque, en verdad, su definición no muestra diferencias con la mediación, tal como se realiza en Argentina.

La ley efectúa dos grandes divisiones: la conciliación ordinaria y la contencioso, administrativa. Resulta original, para nuestro medio, la segunda

¹³ Ibidem. p. 115.

¹⁴ Ibidem. p. 115.

de ellas, toda vez que se autoriza expresamente a conciliar a las personas jurídicas de derecho público, al quedar exceptuados los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.

En cuanto a la conciliación ordinaria, ella puede ser judicial o extrajudicial. “La extrajudicial será institucional, cuando se realice en los Centros de Conciliación; administrativa, cuando se realice ante conciliatorias; y en equidad, cuando se realice ante conciliadores en equidad”.¹⁵

Es interesante observar las consecuencias que la ley otorga a la incomparecencia a la segunda audiencia de conciliación, sin justificar la inasistencia. En tal supuesto la ausencia del citante o del citado podrá considerarse como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones del mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos.

Idéntica presunción obra contra el demandado ante la Jurisdicción Laboral, en la que se aplica también la conciliación y, en este caso, como requisito de procedibilidad, para acudir ante la jurisdicción en asuntos laborales.

La conciliación prevista por la normativa en análisis admite su utilización por diversidad de materias: civil, comercial, agrario, familiar, laboral, contencioso-administrativo y, como pocas, penal. Es decir, que se trata de una legislación avanzada. Eso sí, a pesar de que la ley admite Centros de Conciliación privados, exige que en todos los casos en que se entiendan

¹⁵ Ibidem. p. 116.

conflictos de carácter familiar o laboral, los respectivos conciliadores deberán acreditar capacitación especializada en la materia en la que van a actuar como conciliadores.

Por lo que respecta a **Chile**, se puede decir que de los métodos alternativos de resolución de conflictos, el más utilizado en este país es el arbitraje, que es forzoso para los asuntos comerciales y voluntario para todos los demás asuntos.

El arbitraje institucional depende de la Cámara de Comercio ya que depende de ésta todos los arbitrajes mercantiles.

Existen también los jueces vecinales que resuelven los conflictos no judiciales al utilizar el método de la mediación.

La mediación que realizan, si culmina en acuerdo, debe cerrarse con una escritura pública en la que se vuelca el convenio.

Existen centros de mediación piloto, cuyos temas son esencialmente vecinales y familiares, que se desarrollan en el ámbito de la Corte de Justicia.

La difusión de la mediación es aun incipiente.

En **Estados Unidos de Norteamérica**, la mediación también es absolutamente voluntaria, a pesar de que ya existen otras opiniones, como la de la profesora Kimberlee K. Kovach (Presidente de la Sección de Solución de Disputas de la American Bar Association y, además, profesora de derecho y directora de una clínica de mediación, en la Escuela de Derecho de la

Universidad de Texas), “quien sostiene que ha llegado la hora (por lo menos, para los Estados Unidos de América) de regular en el campo e la mediación.

Según su apreciación, la década de los años 70, puede ser retenida como la fase de experimentación para el movimiento moderno de procedimientos alternativos de solución de disputas; la década de los años 80, como la fase de implementación, y la presente década, como la fase de regulación”.¹⁶

Y es que la mediación, aún al ser esencialmente un procedimiento voluntario, requiere de algunas normas generales que delimiten su alcance y precisen algunos aspectos, tal y como se destaca con claridad en los documentos instructivos de la OMPI, con referencia al Reglamento de Mediación de esa Institución, a saber:

1. “El principio de la no-obligatoriedad de la mediación en los dos sentidos examinados precedentemente en este escrito.
2. Reglas relativas a la designación de los mediadores, a la fijación de sus honorarios, a la división de costas del procedimiento, y otros aspectos similares, y
3. El principio de confidencialidad de la mediación, a fin de proteger a las partes contra el riesgo de que la información cruzada durante el proceso de mediación pueda ser utilizada en su perjuicio posteriormente, si no se produce un acuerdo, y las partes se vean en la necesidad de utilizar la vía arbitrar o la vía judicial”.¹⁷

¹⁶ ACLAND FLOYER, Andrew. ¿Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones? 5ª edición, Editorial Paidós, España, 2002. p. 88.

¹⁷ Ibidem. p. 189.

Si bien es verdad que los comentarios vertidos en tales documentos tienen una aplicación específica al Sistema de Mediación de la OMPI, no es menos ciertos que ellos tiene, por su generalidad, cierta validez universal, y pueden ser usados, en consecuencia (una vez obtenidos los permisos correspondientes, si se requieren), como modelo de postulados generales mínimos o punto de partida para diseñar un reglamento (legal o contractual) de mediación en cualquier otro ámbito distinto del de las disputas sobre derechos intelectuales.

Aún así, en ese país siguen los intentos para difundir y profundizar la utilización de los métodos alternativos de conflictos. Sin embargo, no nos explayaremos sobre sus avances, dado que en este mismo tomo un especialista norteamericano aborda el tema en su totalidad.

1.3. La mediación Familiar en el Derecho Mexicano.

En México, la legislación contempla alternativas de solución de conflictos sólo en algunos campos o casos y no en toda la legislación.

En el campo del derecho laboral, la conciliación o arbitraje, se dan a través de la Junta de Conciliación, quien se asume como autoridad o tercero en discordia, a fin de que el patrón y el empleado afectado concilien intereses.

Dado que es casi siempre un conflicto de intereses, la resolución del conflicto no es compleja, en la medida en que la parte conciliadora maneja los tiempos y plazos para que se arribe a un buen arreglo.

En el campo comercial o civil, no existe la negociación, si no la conciliación de intereses ante el Juez. Casi siempre las partes se ven obligadas a hacerlo, dado que los espacios de negociación están acotados y vigilados por el Juez.

“En el ámbito penal, no existe ningún tipo de arreglo. No obstante, con la influencia del narcotráfico en algunos espacios del Poder Judicial, se han tenido que instrumentar medidas que están al margen de la ley como es la figura del Testigo Protegido, cuya finalidad es incorporar a un delincuente, bajo juramento, para que colabore con la justicia a cambio de una nueva identidad y un lugar de residencia”.¹⁸

Otra forma, la más común en México, es la de resolución de conflicto a través de la tesis de jurisprudencia, donde la Suprema Corte de Justicia, al darse cuenta que hay un conflicto y la ley no lo contempla por los vacíos o lagunas existentes, acude a la argumentación de tomar cinco casos que se hayan resuelto de manera similar sobre la misma problemática y, a partir de ahí, lo convierte en jurisprudencia.

Es indudable que son criterios que están por encima de la Ley, pero que se legitiman al momento en que sirven para resolver conflictos judiciales.

La utilización de estos recursos le ha permitido al sistema político librar escollos y situaciones que bordean la ingobernabilidad. También le han dado uso para legitimar fraudes, crisis económicas, expropiaciones y convertir en deuda pública los errores administrativos de sistema financiero.

¹⁸ CAIVANO, Roque. Los Medios Alternativos de Resolución de Disputas. 6ª edición, Editorial Trillas, México, 2002. p. 76.

En casos de conflictos de carácter mercantil, las movilizaciones, grupos de presión y la desobediencia civil (Caso de Barzón, que son deudores hipotecarios) no han logrado alterar el sentido de la ley ni el acto consumado de la Corte Suprema de Justicia, pero sí han aplazado por tiempo indefinido la entrega de sus propiedades o la aceptación de la pérdida de sus propiedades.

Otro campo en donde se ha abusado de la negociación pero a puertas cerradas, es el de los procesos electorales donde, hace apenas dos años, un conflicto postelectoral no pasaba por la instancia jurídica o por el Tribunal Supremo Electoral, sino que el presidente en funciones negociaba con la fuerza opositora para que el gobernante electo renunciara y se nombrara un interino de consenso hasta convocar a nuevas elecciones. Esto trajo como resultado un crecimiento de la desconfianza en los comicios y un deterioro de los órganos que preparan y organizan las elecciones, Instituto Federal Electoral (IFE). La práctica se denominó “concertación”, la cual ha disminuido notablemente en las últimas elecciones estatales, aunque no se deja de especular que los arreglos por debajo de la mesa funcionan, pero esta vez con otras reglas del juego y más sofisticada estrategia de negociación.

La práctica descrita ha empantanado la credibilidad del IFE en algunos segmentos de la sociedad. En otros ha provocado que los partidos de oposición vigilen con mayor cuidado el evento electoral para evitar o contrarrestar los arreglos previos. La instrumentación de este tipo de salidas jurídicas no han contribuido a mejorar la impartición de justicia, sino que han

sido utilizadas para legitimar al sistema político o para esconder una actuación al margen de la ley de algún político o protegido del gobierno.

A manera de resumen se puede que en nuestro país, el arbitraje está legislado, para las relaciones entre particulares, en el Código de Procedimientos Civil para el Distrito Federal, en los artículos 609 a 636. Se puede comprometer en árbitros a todo tipo de negocios.

El artículo 615 regla las cuestiones exceptuadas del arbitraje, que son las siguientes:

- a) El derecho de recibir alimentos.
- b) El divorcio, ya sea voluntario o contencioso, excepto en lo concerniente a la separación de bienes y a las demás cuestiones puramente pecuniarias
- c) La nulidad del matrimonio.
- d) El estado civil de las personas. También se indica que, si no se determina el asunto concreto por el que se hace valer el arbitraje, éste puede considerarse nulo; en cambio, la falta de designación de árbitros es subsanable mediante una exhortación que se formulará jurídicamente, y de no ponerse de acuerdo en la designación, el propio Juez podrá designar en forma sustitutiva al árbitro.

Si las partes no establecieron plazos especiales, se pueden aplicar los mismos que para los juicios ordinarios. Por el artículo 619, las partes pueden renunciar a la apelación y, en caso de decidirse en ese sentido, el laudo es inimpugnable. Este artículo desató una gran polémica, pues bien se sabe que

los derechos individuales son irrenunciables; asimismo, las garantías individuales. Por ello jurisprudencialmente se ha resuelto en forma adversa, al sostener las garantías constitucionales, como asimismo, la posibilidad de hacer valer los derechos por vía del amparo. El derecho de apelar no es renunciable y, menos aún, en forma anticipada.

1.4. Concepto de mediación y de violencia familiar.

A continuación, trataré de vertir un concepto sobre mediación y otro sobre violencia familiar para así tener un concepto amplio de éstos.

En el caso de la mediación, trataré de desglosar el concepto de mediación que al efecto nos señala Gay Barbosa Magris al establecer que por mediación, debe entenderse “el sistema de resolución alternativa de conflictos, con procedimiento y principios informativos propios, por el que dos o más partes, relacionadas y en conflicto de intereses, aceptan que una tercera persona neutral, con conocimientos específicos, con dominio de técnicas y habilidades especiales, a quien confían el papel de mediador, ayude, en un marco de estricta confidencialidad, a restablecer la comunicación entre las partes, para que éstas, con su creatividad y participación, elaboren las propuestas que permitan arribar a un acuerdo mutuamente satisfactorio que, a través de la homologación judicial, tiene fuera ejecutoria”.¹⁹

¹⁹ DÍAZ, Luis Miguel. Moralejas para remediar y negociar. 3ª edición, Editorial Themis, México, 2002. p. 89.

Sistema, porque es un conjunto de reglas y principios enlazados y con determinado orden lógico.

De resolución alternativa de conflictos..., es importante que tengamos muy en claro que la alternativa no es a la jurisdicción a la que no podremos sustraernos si pretendemos una resolución judicial, la alternativa es elegida por las partes entre el sometimiento a un tercero que será el juzgador y que el Estado dotó de autoridad y el trabajo cooperativo para encontrar la solución exclusivamente por parte de los involucrados.

Con procedimiento y principios informativos propios... tiene la característica de tener un procedimiento **informal**, con la flexibilidad necesaria para no desnaturalizar el sistema. En cuanto a las técnicas y principios, la mediación es un raro cóctel de negociación, arbitraje, conciliación pero con rasgos especiales propios que la distinguen.

...por el que dos o más partes... Podrán ser personas físicas o jurídicas. En el caso de tratarse de personas jurídicas, es imprescindible que quien participe en la mediación tenga la representación de aquella y la facultad de obligar, renunciar, transar en su nombre. Puede tratarse de una persona jurídica de Derecho Privado o Público, debe considerarse especialmente, para este último caso, que el Estado, a través de sus órganos centralizados o descentralizados, pueda renunciar y transigir derechos.

...relacionadas y en conflicto de intereses... El vínculo puede ser contractual o extracontractual. Puede ser una relación jurídica o no, que haya devenido en adversal o se encuentre en una etapa previa.

...aceptan... Las partes se instalan frente a la mediación y por ende al mediador, ya sea de común acuerdo, contractualmente o por imperio de la ley. Las partes por las razones antedichas, en forma conjunta, alternada, indistinta o simultánea se posicionan ante la mediación. El resultado dependerá de la confianza que tengan en la posibilidad de dar solución al conflicto y en el mediador.

...que una tercera persona neutral... Esta tercera persona, el mediador, es de fundamental importancia, desde fuera de la relación intersubjetiva y de una manera imparcial, de lo que las partes no deben tener dudas, se avoca a aplicar el procedimiento mediatorio.

...con conocimientos específicos, dominio de las técnicas y habilidades especiales..., El mediador no sólo debe tener conocimientos de derecho, que den seguridad en el manejo del conflicto, sino que debe conocer diversas técnicas de comunicación, negociación, programación neurolingüística, manejo del procedimiento específico y de la ley de mediación. Por todo ello debe tener un entrenamiento básico suficiente.

...a quien confían el papel de mediador... La confianza es uno de los puntos neurálgicos en la relación que se entabla entre las partes y el mediador pues la empatía que pueda producirse entre ellos, favorecerá la comunicación para lograr el objetivo deseado.

...ayude a restablecer la comunicación entre las partes... Una de las funciones del mediador es detectar las cuestiones que interfieren la

comunicación interpartes, descubrir cuáles son los verdaderos intereses o necesidades, más allá de las posiciones iniciales; todo ello con el objetivo de acercar a las partes y permitir que se comuniquen.

...para que éstas con su creatividad y participación... El mediador utilizará técnicas que estimulen a las partes a buscar propuestas de solución, de manera cooperativa y con su exclusivo protagonismo deben sentir el placer de encontrar la respuesta a través de ellos mismos con la asistencia del mediador.

...elaboren las propuestas que permitan arribar a un acuerdo mutuamente satisfactorio... La resolución del conflicto puede provenir del ordenamiento jurídico, pero esto no es requisito esencial, lo importante es que provenga de los protagonistas ya que de esta manera la diversidad de gamas y matices que puedan imaginar para la solución responderá a sus necesidades e intereses y se logrará que todos ganen.

...a través de la homologación judicial... De esta manera se perfecciona el acuerdo, implica una revisión por parte del Juez, fundamentalmente de que se contemple una justa composición de intereses, sin afectar derechos irrenunciables o de orden público.

...tiene fuerza ejecutoria. Implica que tiene el valor de una resolución judicial. En caso de falta de cumplimiento del acuerdo obtenido a través de la mediación, éste tiene fuerza ejecutoria, por lo que se podrá exigir el

cumplimiento a través del procedimiento de la ejecución de sentencia o del juicio ejecutivo.

De lo anotado, considero que la mediación es un medio de justicia alternativa que pretende agilizar el trabajo de los juzgados correspondientes, al brindar a las partes seguridad jurídica, economía procesal, expeditéz en sus resoluciones así como también la coercibilidad y trascendencia de sus acuerdos.

En relación a la violencia familiar, ésta “se ha explicado como aquél que nace del ejercicio desigual de la autoridad en las relaciones de poder que surgen entre los miembros del núcleo familiar, cuya aplicación se concreta mediante la ejecución cíclica o sistemática de actos que vulneran la integridad física, psicológica o sexual de uno o varios miembros de la familia. Tales actos están dirigidos a mantener un estado de jerarquía frente al receptor y de subordinación del mismo”.²⁰

En nuestro país, como en muchos otros, al luchar contra este tipo de violencia, es necesario atacar algunas cuestiones ideológicas y culturales que permiten la existencia del fenómeno, como por ejemplo, concebir que las agresiones sufridas dentro de la familia son problemas de naturaleza estrictamente privada, que deben ser resueltos única y exclusivamente por los afectados, sin la intervención de terceros o autoridades; sostener que se trata de un problema de casos aislados y que por tanto su existencia, sus efectos y

²⁰ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel y HERNÁNDEZ BARROS, Julio. La Violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000. p. 28.

sus consecuencias no requieren ser regulados específicamente en la legislación; creer que la mujer sufre de maltrato porque disfruta y quiere ser maltratada o porque ella misma lo provocó con su conducta o forma de ser; o bien, que los actos de violencia del agresor se deben únicamente a circunstancias ocasionales o temporales que lo provocan, y no a la influencia de factores o situaciones personales de su historia de vida.

“El primer ordenamiento que se expidió en la materia, a nivel nacional, fue la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal. La estructura se puede dividir en tres apartados, que son la prevención, la atención (psicológica y jurídica) y los medios administrativos coactivos, todos ellos dirigidos a evitar que se llegue a procedimientos y sanciones judiciales, que afectan seriamente el ejercicio de algunos derechos en materia civil y penal”.²¹

Esta ley es de carácter administrativo, mas no punitiva, y su función, como lo dice su nombre, es establecer los mecanismos de asistencia a víctimas y agresores, así como los relativos a la prevención del fenómeno de la violencia en el hogar.

En su artículo 3 define a la violencia familiar como: “Aquel acto de poder u omisión intencional, recurrente o cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tengan

²¹ TREJO MARTÍNEZ, Adriana. Prevención de la Violencia Intrafamiliar. 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 2002. p. 81.

parentesco o lo hayan tenido por afinidad, civil, matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho, y que tiene por objeto causar daño y que puede ser de cualquiera de las siguientes clases: maltrato [físico, psicoemocional o sexual]”.

Por otro lado, la definición que sobre violencia familiar ofrece el Código Civil para el Distrito Federal tiene como objetivo el de establecer en qué condiciones la parte afectada puede argumentar para el divorcio o la pérdida de la patria potestad, principalmente, la causal de violencia familiar, y con ello proteger a los integrantes de la familia, fundamentalmente a la mujer y los niños, que son quienes más la sufren.

En efecto, el Código Civil para el Distrito Federal nos señala que:

Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones.

También se considera violencia familiar la conducta descrita en el artículo anterior llevada a cabo contra la persona con que se encuentre unida fuera de matrimonio, de los parientes de ésta, o de cualquier otra persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa.

Con motivo de las reformas hechas en junio del 2000 al Código Civil en materia familiar, en el artículo 281 se incluyen las medidas que para los casos de violencia familiar se podrán tomar por el Juez a fin de dar protección a las víctimas de este grave problema.

A manera de resumen, se puede decir que para nosotros, la violencia familiar consiste en cualquier alteración de la armonía familiar producida por cualquier persona dentro del seno del hogar con la idea u objetivo de causar un daño físico o moral a los integrantes de la familia.

1.5. Apreciación jurídica de la conciliación en las diversas ramas del Derecho Mexicano.

La conciliación es una figura antigua, con larga existencia aunque no necesariamente con gran relevancia en nuestro derecho, cuyos antecedentes históricos ya comentamos en detalle. Sólo mencionaré que la conciliación fue una institución reconocida en la antigua Grecia y en Roma, que recibió un nuevo impulso con el advenimiento del cristianismo. Por lo que respecta a España, se discute si la conciliación tuvo o no su origen en el Fuero Juzgo y aparece en las Siete Partidas mediante la institución de los amigables componedores, consolidándose en Francia y España en los siglos XVIII y XIX, hasta hacerse obligatorio intentarla como requisito previo a un juicio declarativo.

“La figura de la conciliación se introdujo en forma permanente en España, y con ello en México, como requisito previo para entablar cualquier

juicio, por la Constitución de Cádiz, de 1812; y posteriormente en México, la Ley para el arreglo de los procedimientos judiciales ante los tribunales y juzgados de Distrito y Territorios, de 4 de mayo de 1857, incluyó un juicio verbal con la obligación (artículo 10) de exhortar a las partes a una composición amigable y, además (artículo 26) estableció una instancia de conciliación obligatoria, al disponer que ninguna demanda, fuese civil o criminal sobre injurias puramente personales, sería admitida sin que se acreditase haberse intentado antes el medio de conciliación; lo cual, tenía algunas excepciones, reguladas en los artículos siguientes.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1932, actualmente en vigor, al regular la justicia de paz, obliga al Juez (artículo 20, fracción VI) a exhortar a las partes, antes de pronunciar el fallo, a una composición amigable; y en 1986, se reforma dicho Código al seguir modelos extranjeros, para introducir (artículo 272-A) una audiencia previa y de conciliación que no ha dado resultado en la práctica”.²²

Como se verá a continuación, no obstante no ser nueva en México, el tipo de conciliación que hasta ahora se conoce y practica en el país, tiene una naturaleza distinta y es ajeno al concepto moderno de medios alternativos de solución de controversias que se ha comentado.

Gramaticalmente, “el vocablo conciliación significa la acción y efecto de conciliar; lo cual, a su vez, significa componer y ajustar los ánimos de los que

²² BARBOSA-MAGRIS, Gay. Op. cit. p. 94.

estaban opuestos entre sí, conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias y granjear o ganar los ánimos o la benevolencia”.²³

Jurídicamente, en el Diccionario Jurídico Mexicano se define la conciliación como “...el acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos, que permite resulte innecesario dicho proceso; y, además, se dice que ...es asimismo el acto por el cual las partes encuentran una solución a sus diferencias y la actividad que sirve para ayudar a los contendientes a encontrar el derecho que deberá regular sus relaciones jurídicas”.²⁴

En otro acercamiento al tema que nos ocupa, se puede decir que la conciliación puede ser intentada por espontánea voluntad de cualquiera de las partes o por la mediación de un tercero, quien advertido de las diferencias no hace otra cosa que ponerlos en presencia para que antes de que accionen busquen la coincidencia, es decir, ese tercero puede ser un particular o un funcionario; en este último caso forma parte del mecanismo procesal y lleva la impronta del Estado, que tiene un interés permanente en lograr la paz social y agrega que, si la conciliación ha dado resultado, el arbitraje no tiene razón de ser. Pero si la conciliación falla, no quedan sino dos caminos: dejar que los acontecimientos se precipiten o recurrir al arbitraje, es decir, que por un camino se impone en el hecho el más fuerte y por el otro camino, que es el del derecho, se impone el más justo.

²³ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. 7ª edición, Editorial Salvat, México, 2000. p. 39.

²⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. T. A-CH. 10ª edición, Editorial Porrúa-UNAM. México, 2000. p. 82.

En derecho estadounidense, se explica la conciliación como “...el ajuste y finiquito de una disputa de una manera amigable y no antagonística. Utilizada en juzgados antes de la instrucción de la causa, con miras a evitar ésta; y, en disputas laborales, antes del arbitraje”.²⁵

También en la práctica estadounidense, algunos postulantes sostienen “que la conciliación consiste en que un tercero reúna a las partes contendientes para que inicien discusiones y resuelvan su controversia y, contrariamente a lo que (supuestamente) sucede en el caso de la mediación, el conciliador no toma partido en el procedimiento o en las negociaciones, ya que su papel principal es el de reducir el antagonismo entre las partes, abrir líneas de comunicación entre ellas y hacer arreglos para negociaciones formales”.²⁶

Al hablar de la conciliación, Eduardo Pallares señala que “...importa señalar la diferencia que la distingue de la transacción. Para que haya transacción es indispensable que haya sacrificios recíprocos de las dos partes en lo concerniente a derechos o pretensiones sobre los que disputan y por los cuales es posible un juicio futuro o tiene su causa el que ya existe. En cambio, la conciliación no exige dicho sacrificio. Tiene lugar también cuando una de las partes reconoce plenamente las pretensiones de su contraria. Lo propio de la conciliación es que se evita un pleito futuro o se termina uno presente por avenencia de las partes, por su mutuo acuerdo y sin necesidad de intervención jurisdiccional del conciliador”.²⁷

²⁵ FRANCOIS SIX, Jean. Op. cit. p. 25.

²⁶ Ibidem. p. 36.

²⁷ PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal Civil. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000. p. 205.

Como se advierte con la lectura de lo anterior, Pallares parece considerar a la conciliación como el género y la transacción como la especie, ya que si bien ambas resultan aplicables a la solución de controversias tanto presentes como futuras, por voluntad de las partes, sólo en la transacción aparecería como indispensable el elemento de que hubiese sacrificios recíprocos de las dos partes.

Para Alcalá Zamora, la conciliación, es “una de las figuras que se asemeja al desistimiento, allanamiento y transacción que son figuras autocompositivas en razón de que éstas son actos de parte que repercuten sobre el destino y término del proceso en que se producen o con el que entroncan”.²⁸

Para nosotros la conciliación debe ocuparse en todo el Derecho en general como una forma de concluir adecuadamente una controversia cuando ésta sea de fácil resolución ya que ésta es un medio especial predispuesto para intentar lograrla, ya sea en virtud de desistimiento del acto o afectado o como transacción entre ambas.

Los criterios de concepción doctrinal antes expuestos, son también aplicables a la mediación y a la transacción, que más adelante se tratan. Por otra parte, si se quisiese analizar la conciliación desde la óptica de los modernos medios alternativos de solución de controversias, cabría hacerlo desde la óptica de la mediación, aplicándole además los comentarios que se formularon.

²⁸ ALCALÁ Y ZAMORA CASTILLO, Niceto. Derecho Procesal Civil. 10ª edición, Editorial Oxford, México, 2001. p. 187.

Sin pretensiones de generalizar, nos parece que los ejemplos clásicos de conciliación conocidos en México, desde el punto de vista doctrinal y al atender a las diversas modalidades autocompositivas, se podrían clasificar como bilaterales, pre-procesales o endo-procesales, onerosos, con intervención de tercero, públicos e institucionales, como se aprecia de los ejemplos de conciliación que abajo se mencionan.

- Juicios laborales, artículos 973, 875, 876 de la Ley Federal del Trabajo;
- Conflictos colectivos laborales de naturaleza económica, artículo 901 de la Ley Federal del Trabajo;
- Procedimientos de huelga, artículos 926 y 927 de la Ley Federal del Trabajo;
- Juicio ordinario civil, artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal;
- Divorcio por mutuo consentimiento, artículos 675 y 676 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal;
- Controversias entre consumidores y proveedores, artículo 111 de la Ley Federal de Protección al Consumidor;
- Conflictos entre casas de bolsa y corredores y clientes, artículo 87 de la Ley del Mercado de Valores;
- Conflictos relacionados con comercio exterior y su financiamiento, artículo 34 del Reglamento Orgánico del Banco Nacional de Comercio Exterior;
- Conflictos autorales, artículo 133 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

En el campo de los medios alternativos de solución de controversias a nivel internacional, existen diversas instituciones, particularmente aquellas dedicadas al arbitraje, que contemplan y manejan instancias conciliatorias previas o complementarias del arbitraje. Entre otros casos, está el Reglamento de Conciliación Facultativa, instancia optativa, previa al arbitraje, de la Cámara Internacional de Comercio.

CAPÍTULO 2

LA MEDIACIÓN EN LAS CONTROVERSIAS DE ORDEN FAMILIAR DEL ARTÍCULO 941 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL

El artículo de referencia establece en su cuerpo legal que el juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, al decretar las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

En todos los asuntos del orden familiar los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.

En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, que resuelva sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.

A continuación, veremos cuales son los conflictos derivados de la controversia familiar, la respuesta que el derecho mexicano ofrece a las partes intervinientes en esta hipótesis.

2.1. Conflictos derivados de las controversias del orden familiar.

Toda familia, en mayor o menor medida, tiene un orden, una estructura y una dinámica que le da coherencia interna, determinada por su contexto ideológico cultural. Ese orden establece los vínculos en los que se sustentan las relaciones entre sus miembros; así, distribuye el poder, establece normas, estatus y roles entre ellos. De esta manera, la familia determina y realiza funciones y tareas propias, al marcar la división y autonomía de sus integrantes. Cuando surge un conflicto intrafamiliar, ese orden, esa organización y su funcionamiento sufre en mayor o menor medida un desajuste, al propiciar que cada miembro de la familia no pueda continuar desarrollándose debidamente en su estatus y rol asignado, al hacer disfuncional la organización.

De alguna manera, el conflicto es inherente a la naturaleza de las personas y que por consiguiente es un fenómeno consustancial a las relaciones humanas, por lo que las relaciones familiares no escapan a esta ley del conflicto, y a sus potencialidades para crecer o destruir.

Así, los conflictos y las disputas existen en todas las familias. Algunos son graves; otros, sencillos. Algunas familias pueden resolverlos entre sus propios miembros; otras no. en algunos casos la solución es simple, en otros es mucho más difícil. En ambos casos, sobre todo cuando la solución es difícil, los miembros de la familia se ven obligados a recurrir a otros ámbitos (judicial,

psicológico) para su solución, donde la mediación familiar en la actualidad es una vía más para ello.

“La mediación familiar se lleva a cabo tanto en el ámbito privado como en el público. En este último a través de cualquier órgano o dependencia del Estado. En el Distrito Federal actualmente se administra y desarrolla en el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) y en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. En este último órgano se realiza a través del Centro de Justicia Alternativa. Esta mediación es una forma de la mediación judicial, que se aplica a la solución de conflictos familiares”.¹

La mediación familiar es el tipo de mediación que se adecua de manera especial a las particularidades de los conflictos cuyo origen se da en las relaciones de pareja (cónyuges, concubinos), es decir en las relaciones de la llamada pareja conyugal, así como en las relaciones de los cónyuges o concubinos en su calidad de pareja parental, esto es, entre ellos como padres y sus hijos; en las relaciones entre hermanos (grupo fraternal) y en los de parentesco que surgen a partir de la interacción de los miembros de la familia extensa (abuelos, tíos, primos, etc.) y de las derivadas de los parentescos por afinidad y civil; interacciones en las que puede haber o no coincidencia de percepciones, valores, intereses, necesidades, emociones, opiniones. Cuando no la hay, la interacción se caracteriza por el antagonismo, en el que las acciones entre las partes (padres, hijos, cónyuges) son opuestas, irreconciliables, confrontativas. Cuando hay posiciones o acciones contrarias, entre dichas partes surge el conflicto familiar.

¹ BAQUEIRO ROJAS, Edgard Y BUENROSTRO BAEZ, Rosalia. Derecho de Familia. Revisión Revisada y Actualizado, Editorial Oxford, México, 2005. p. 307.

“Desde la perspectiva jurídica, la relación familiar está determinada por el vínculo de derechos, deberes y obligaciones que surgen del matrimonio, el concubinato, la filiación, la adopción y el parentesco. Entre los deberes morales están el de auxilio y ayuda mutua, el de respeto, el de convivencia, el de solidaridad y el de fidelidad. Entre las obligaciones se hallan la de subsistencia (alimentos), las pecuniarias (patrimonio de la familia) o las educativas (desarrollo integral). Entre los derechos se encuentran el de convivencia, el de recreo, a la salud, a la consideración, al afecto, por mencionar sólo algunos de ellos”.²

Las acciones de cumplimiento o incumplimiento y el modo en que éstas ocurren y son afrontadas por los involucrados en ellas en relación con tales derechos, deberes y obligaciones, junto con muchos otros aspectos de la conducta humana que la ley no regula entre ellos la cultura, la ideología, los deseos, las actitudes, las percepciones, las emociones y los sentimientos, tanto en el plano individual como en el de la pareja, de los parientes y/o en lo social, determinan el grado de complejidad y la magnitud del conflicto familiar.

A partir de los estudios y las clasificaciones que los especialistas han llevado a cabo sobre las controversias familiares, los conflictos emanados de la interacción entre los miembros de la familia se pueden agrupar en:

² Ibidem. p. 308.

- a) “Conflictos de pareja, esto es, aquellos que ocurren entre los miembros de la pareja conyugal en su calidad de cónyuges o concubinos.
- b) Conflictos que tienen que ver con el cuidado y la educación de los hijos, los cuales involucran al padre y a la madre (pareja parental), en el caso de familias reconstituidas, también al padrastro, la madrastra y hasta a los ex cónyuges. Se incluyen en este apartado de manera especial los conflictos entre padres y adolescentes, por ser la adolescencia la etapa en la que se intensifican las diferencias entre progenitores e hijos.
- c) Conflictos entre hermanos, medios hermanos y hermanos políticos (cuñados) que básicamente se originan en competencias, celos, poder, estatus, y que se proyectan en situaciones que tienen que ver con las empresas familiares, las herencias y el cuidado de los ancianos e incapaces.

Además agregamos:

- d) Conflictos propios de las relaciones entre los parientes de la familia extensa, de distintos grados: primos, tíos, abuelos, nietos.
- e) Conflictos entre parientes por afinidad y los derivados de adopción, así como con las personas implicadas en las instituciones familiares (tutores, herederos).
- f) Conflictos con otras personas involucradas con las instituciones familiares (tutores albaceas)”.³

³ Idem.

Por lo expuesto, definimos la mediación familiar como la manera auto compositiva por la cual tanto la pareja conyugal como la pareja parental, así como los hermanos y demás miembros de la familia tienen un conflicto, derivado de los derechos deberes y obligaciones que los vinculan, tanto de complejidad emocional como de asuntos prácticos cotidianos, puedan buscar y encontrar una solución constructiva o reconstructiva del vínculo familiar, sobre su autonomía y responsabilidad, de manera pacífica, amigable, equitativa y satisfactoria, a través del diálogo y la negociación. Esta solución se logra con la ayuda del mediador, quien facilita entre ellos la comunicación para negociar, auxiliándoles en la construcción de lo que podría ser la organización más conveniente para los miembros en conflicto, capaz de restablecer el buen funcionamiento de la interacción familiar, la cual, además de reducir la posibilidad de futuros litigios, signifique la oportunidad de una n pacífica continuidad de las relaciones familiares.

Hemos dicho que el conflicto familiar hace disfuncional al grupo al provocar el desajuste de su organización y funcionamiento; de ahí que la mediación familiar como forma de solucionar los conflictos de la familia, lo que busque sea la construcción o reconstrucción del vínculo familiar en un nuevo orden que vuelva a dar funcionalidad al grupo y en el que cada uno de sus miembros pueda desarrollarse como individuo debidamente diferenciado de los demás.

“La solución de los conflictos familiares en nuestro medio, se ha llevado a cabo básicamente a través de la intervención judicial, sea de manera

preventiva, esto es, aplicar medidas cautelares (separación de personas) o en forma sancionadora, es decir, castigar las conductas de manera individual (pérdida de la patria potestad). Sin embargo, tales soluciones no consiguen en la mayoría de los casos restablecer el vínculo que sustenta la relación entre los miembros de la familia para su buena continuidad sino que, por el contrario, ante las sensaciones de derrota en una de las partes y triunfo en la otra que deja la resolución judicial, muchas veces se suelen incrementar los sentimientos y las emociones negativas (venganza, violencia, desinterés, coraje, rencor), que agudizan los conflictos y dan origen a nuevos y más graves problemas”.⁴ Por ejemplo, todos hemos sabido del actual conflicto de los padres de familia separados en lucha por sus hijos que, durante el juicio de divorcio o después de concluido éste, se quedaron de manera provisional o definitiva sin el ejercicio de la patria potestad o únicamente sin el ejercicio de la custodia de sus hijos menores y las consecuencias que ello tiene sobre los derechos de convivencia y de ejercer la paternidad, toda vez que la parte que obtiene la custodia en muchos casos incumple la resolución del juez y se niega a que el otro cónyuge conviva con los menores, usándolos como armas de venganza, lo cual no sólo despliega altos índices de agresividad, con las consecuentes repercusiones en el desarrollo psicológico de los menores, como el síndrome de alienación parental, producto de la manipulación de los hijos para el rechazo de uno o de los dos progenitores, sino que también hace que el conflicto rebase el ámbito familiar, afecte a los miembros de la familia extensa (abuelos) y llegue al ámbito social, de manera que lo que inició como un conflicto entre la pareja conyugal se torna en un conflicto de la sociedad. En la

⁴ FRANCOIS SIX, Jean. Op. cit. p. 71.

actualidad, el legislador se ha propuesto resolver tal situación con la reforma a los Códigos sustantivo y adjetivo civiles y al Nuevo Penal. Esta situación se generó, en parte, ante la imposibilidad jurídica de atender y resolver el conflicto familiar integralmente, en los actos, percepciones y sentimientos que lo componen, pues el derecho sólo regula la conducta humana externa y no los sentimientos y las emociones, incluida la idea de grupo, para garantizar los derechos de la familia como totalidad, y los de cada uno de sus miembros en particular (recordemos que el conflicto entre cualesquiera de los miembros de la familia afecta a todo el grupo).

En nuestro días, la familia requiere y reclama, para su organización, funcionamiento y toma de decisiones, mayor autonomía de sus integrantes en cuanto al ejercicio de sus derechos fundamentales (niños: respeto, educación, convivencia, bienestar; pareja: responsabilidades compartidas, ayuda mutua, igualdad; padres e hijos: respeto a la integridad física y psíquica, etcétera). Sin embargo, esa necesaria autonomía suele generar también conflictos cada vez más graves entre los miembros de la familia, como los propios de la familia reconstituida, los de la reproducción asistida, los de la equidad de género, que favorece su desestabilización y el incremento en el número de divorcios o de separaciones como solución, con las consecuencias que ello implica para prole en particular y para toda la organización en lo general.

Sin duda, la solución de estas situaciones constituye uno de los retos más difíciles y que requieren mayor esfuerzo por parte de la administración de justicia. Así, ante la creciente problemática familiar, en el año 2000, por

ejemplo, el tribunal se vio obligado a crear el Centro de Convivencia Familiar Supervisada para afrontar los conflictos de la convivencia materno/paterno filial, entre padres e hijos, derivados de las controversias surgidas entre las parejas que se encuentran en proceso de divorcio o bien en ejecución de la sentencia que disolvió el vínculo matrimonial.

“El conflicto familia es un tipo muy complejo de conflicto, pues no sólo entraña aspectos de la más diversa índole afectivos (amor, odio), psicológicos (emociones, percepciones), sociales (imagen ante los demás), patrimoniales (sobrevivencia), actos (acciones), otros, así como niveles muy altos de agresividad (carencia de comunicación, descalificación, abandono, rechazo, insultos, amenazas, etc.), sino que además afecta tanto a los directamente involucrados como a los demás miembros de la familia, y compromete el interés de cada uno con el interés de los demás integrantes del grupo. Los conflictos de la pareja conyugal, por ejemplo, repercuten en los hijos y, aún más allá, en los abuelos y los parientes por afinidad, como los suegros”.⁵

En este tipo de conflicto la interacción comunicativa de la familia es la que más se altera con el uso de descalificaciones, acusaciones, calificativos, insultos, y así sucesivamente, hasta que la comunicación familiar demande una permanente reflexión sobre lo que se dice y cómo se dice.

⁵ Ibidem. p. 72.

Por lo general, el conflicto familiar se origina en el ámbito relacional de la pareja conyugal y trasciende a todos los miembros, y es la pareja la que decide cómo resolverlo.

Hoy en día, las parejas parecen haber encontrado en el divorcio la única vía de solución a sus diferencias, sin embargo, está demostrado que con sólo disolver el vínculo matrimonial no se atiende en realidad a la solución del conflicto que sus diferencias generan, pues entre otras quedan subsistentes las obligaciones que los ex cónyuges contrajeron con el matrimonio, para con los hijos e incorpora otros efectos, como el de la liquidación de la sociedad conyugal, y todos ellos son por sí mismos fuentes subsistentes de conflicto, al no quedar resuelto éste en toda su complejidad.

Lo anterior hace imprescindible considerar que para la atención de los conflictos familiares deben existir otras alternativas de solución más integrales, formas que propicien, ante todo, la buena comunicación y la colaboración entre los protagonistas de los mismos, que les permitan su solución de manera global atendiéndolo en todos sus aspectos (emocional, sentimental, de percepción, de acciones, económico, jurídico) en la construcción de nuevas relaciones.

Debemos considerar que cuando una pareja recurre a la separación para resolver su conflictiva se toma una de las decisiones más difíciles de afrontar, ya que significa una experiencia dolorosa que genera una fuerte carga de sufrimiento para todos los implicados, que suele vivirse como fracaso, frustración, engaño, abandono, etc. De la manera como todos manejen estos

sentimientos, los mismos se podrán canalizar más o menos adecuadamente o se podrán incrementar e incluso desviarse en una espiral ascendente del conflicto, hasta salirse de control y llegar a los niveles más perversos.

Ya señalamos que los conflictos y desacuerdos que surgen durante el divorcio o la separación tienen un significativo fondo emocional, afectivo, económico y legal, aspectos todos que deben considerarse, para una adecuada solución, y que la jurisdicción no abarca en su totalidad.

“Cierto es que la jurisdicción da efectividad a los derechos reconocidos a los miembros de la familia y, en todos los casos, la satisfacción de los intereses individuales y del grupo familiar está garantizada por las acciones judiciales y las medidas cautelares, para brindar seguridad a las personas, así como a sus bienes; pero, como ya lo mencionamos, también se torna necesario incorporar a la solución de los conflictos familiares mecanismos o fórmulas más integrales que constituyan una alternativa que atienda el conflicto en toda su estructura e intensidad, fuera de la confrontación litigiosa, a efecto de que los protagonistas del mismo recuperen la comunicación constructiva y productiva y se sientan en equilibrio, como ha mostrado hacerlo la mediación familiar, o bien, complementen la vía jurisdiccional, al atender los aspectos del conflicto que no está en ella resolver”.⁶

En otras latitudes en las que la mediación familiar cuenta décadas aplicándose, ésta ha permitido lograr con mucho éxito la solución del conflicto familiar, al facilitar en la pareja el tránsito que implica en la decisión de separación, la desvinculación de la pareja conyugal con su conflictiva, de la

⁶ BAQUEIRO ROJAS, Edgard Y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. Op. cit. p. 310.

pareja parental, es decir, de la pareja como padres, al atender el conflicto entre los cónyuges o concubinos, al redefinir sus nuevas relaciones en la solución construida y, posteriormente, por otra parte, redefine sus relaciones como padres juntos o separados, con respecto a sus hijos y con el resto de la familia, regulándolas por ellos mismos para su presente y futuro, de manera que les sean satisfactorias o ambos, con lo que se erradica la percepción de ganador o perdedor que deja la solución judicial, y sus consecuencias.

De todo lo expuesto se deduce que los componentes de la mediación, en la mediación familiar, adoptan características distintivas, que se unen a las características generales propias de la mediación pura. Así, tratándose del mediador familiar, éste debe no sólo adquirir una capacitación y un entrenamiento más especializado para el manejo del conflicto familiar, sino que también debe estar informado y entrenado de manera amplia tanto en aspectos psicológicos propios de este tipo de conflictos como en aspectos sociológicos de la familia, considerada ésta como un sistema inmerso en un ámbito cultural determinado. Asimismo, debe considerar los aspectos jurídicos propios del Derecho de Familia para poseer un enfoque global del conflicto y un manejo más eficaz de los sentimientos, las emociones y el lenguaje (incluso el corporal).

2.2. Controversias relacionadas con menores.

El título decimosexto, en su capítulo único, establece las reglas de los procedimientos en los casos de controversias del orden familiar. Se considera que todos los problemas que se refieran a la familia son de orden público, por

constituir ésta la base de la sociedad (artículo 940 a 956 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Asimismo, como ya lo señalamos en el punto anterior, el Juez de lo Familiar puede intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores. Dicho Juzgador podrá decretar las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

Asimismo, el Juez intervendrá en los casos relacionados sobre custodia y convivencia de las niñas y los niños. También se estará a las controversias familiares, tratándose de menores en materia de alimentos y violencia familiar o maltrato de éstos.

A grandes rasgos, se puede decir que al Juez de lo Familiar, se le otorgan facultades para intervenir de oficio en los asuntos que se refieran a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de actos de violencia intrafamiliar, al tener en todos estos casos la obligación de decretar las medidas precautorias (protección o aseguramiento) que tengan por objeto mantener la institución de la familia y proteger a sus miembros.

Igualmente se establece que en todos los asuntos que sean del orden familiar, los Jueces y los Tribunales están obligados a suplir la deficiencia que las partes tengan en sus planteamientos de derecho (esto es a informar a las partes sobre omisiones o errores en que incurran en su demanda, que puedan afectar la resolución del asunto en condiciones normales para que las subsanen o corrijan).

También estará obligado el Juez a invitar a las partes en conflicto a llegar a un avenimiento, al resolver éstos el conflicto mediante un convenio que será sancionado por él, de tal manera que pueda evitarse la controversia o se pueda dar por terminado el procedimiento; esto no será posible en los casos de alimentos, ya que no se puede negociar sobre ellos.

Corresponderá a cada una de las partes decidir si se presentan a las comparecencias y audiencia de pruebas asesoradas; en caso de que acudan asesorados deberán hacerlo por Licenciados en Derecho con cédula profesional. En caso de que una o ambas no acudan asesoradas, el Juez de oficio solicitará que se les asigne un abogado o defensor de oficio, el cual tendrá un plazo máximo de tres días para ponerse al tanto de los asuntos de su cliente asignado; por lo tanto, en este último caso se diferirá la audiencia por los mismos tres días que el abogado de oficio tiene para conocer los detalles de la demanda.

“Para solicitar que un Juez tome conocimiento de un problema del orden familiar, con son los relativos a la declaración, protección, restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo, o el desconocimiento de una obligación, tratándose de conflictos sobre alimentos, calificación de impedimentos para el matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer respecto a la administración de los bienes comunes, educación de los hijos, oposiciones y en general de todas las cuestiones familiares, no se requiere de ninguna formalidad, bastará que la parte afectada se dirija al Juez por escrito o verbalmente en casos urgentes, dándole a

conocer breve y concisamente los hechos de que se trata; con las copias de esa comparecencia y con las de los documentos que la parte demandante presente con el fin de justificar su acción o sus demandas ante el Juez”.⁷

Después de hecho lo anterior, se notificará a la otra parte (demandada), la que deberá presentarse en el Juzgado para contestar lo que según su derecho convenga dentro de los nueve días siguientes a partir de la notificación (artículo 260 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

El artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal señala que toda demanda deberá señalar:

- El Tribunal ante el que se promueve.
- El nombre y apellidos de la parte demandante o actora, así como su domicilio o el domicilio que señale para oír notificaciones.
- El nombre del demandado y su domicilio.
- Los derechos, obligaciones u objetos que se reclamen; los hechos en que el actor funde su demanda en los cuales deberá señalar los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho (como por ejemplo actas de matrimonio, actas de nacimiento de los hijos, recibos de luz, predial o teléfono que comprueben el domicilio conyugal, facturas, escrituras, etc.), los tenga o no en su poder; de igual forma deberá señalar los nombres y apellidos de los testigos que hubieren presenciado los hechos que se reclaman en la

⁷ RODRÍGUEZ VILLA, Bertha Mary Y PADILLA DE TRAIMER, Ma. Teresa. Mediación en el Divorcio. 2ª edición, Editorial UNAM, México, 2003. p. 86.

demanda. Igualmente deberá numerar y narrar los hechos materia de la demanda en forma sencilla, clara y con precisión.

- Los fundamentos de derecho, es decir, los artículos que autoricen a las partes a actuar en juicio y reclamar los hechos materia de la demanda.
- La firma del demandante o en su caso la de su representante legítimo; si no supiere firmar o no pudieren firmar pondrán su huella digital, y otra persona firmará por ellos y se señalará esta situación en el escrito de demanda o de contestación de la demanda.

En relación al ofrecimiento y clases de prueba, las partes deberán ofrecer todas las pruebas que a su derecho convenga (señalar el tipo de pruebas y en qué consisten) y una vez ofrecidas por ambas partes, el Juez fijará fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas en la cual se presentarán los documentos, dictámenes periciales, testimonios, confesiones, copias fotostáticas, etc.; el resultado de inspecciones realizadas por autoridad competente que sirvan para comprobar su dicho, siempre que no sean contrarias a la moral o estén prohibidas por la ley (artículos 290 a 400 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Sobre el desahogo de pruebas, “las partes presentarán físicamente cada una de las pruebas que se señalaron en el escrito donde se ofrecieron las mismas. En el caso particular de las pruebas testimonial y confesional, tanto el Juez como las partes podrán interrogar a todos los testigos con relación a los hechos materia de la demanda y de la contestación de la misma, pudiéndoles hacer todo tipo de preguntas con excepción de aquellas que puedan ser

contrarias a la moral pública o que estén prohibidas por la ley. En el caso de que se ofrezca la prueba confesional, las partes deben ser citadas con apercibimiento de tenerlas confesas (esto es que aceptan los hechos que se señalan en su contra) respecto de las preguntas que se les formulen (las que fueron presentadas y calificadas previamente por el Juez en el pliego de posiciones o cuestionario)".⁸

El Juez, para resolver sobre la controversia que se le presenta, comprobará la veracidad de los hechos, los que evaluará personalmente y con el auxilio de los especialistas y/o instituciones especializadas que considere pertinentes o que establezca la ley. Estos últimos tendrán que presentar un estudio o informe sobre el asunto en la audiencia de pruebas, e igualmente podrán ser interrogadas por el Juez y por las partes sobre el mismo.

La valoración de los hechos, las pruebas y los informes se harán al atender a las reglas de la lógica y de la experiencia; en todo caso, el Juez o Tribunal deberán señalar cuidadosamente en su fallo o resolución los fundamentos de la valoración jurídica que hicieron, así como los de su decisión (artículos 402, 403, 404, 412 y 422 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El Juez, al resolver, dictará una sentencia breve y concisa; de ser posible al concluir la audiencia de pruebas o bien dentro de los ocho días siguientes. La apelación de la sentencia (cuando no se está de acuerdo con la resolución) deberá interponerse por escrito ante la autoridad que dictó la

⁸ Ibidem. p. 87.

sentencia que se impugna, el que la turnará al superior inmediato quien podrá confirmar, revocar o modificar la resolución del Juez inferior (o de primera instancia) que dictó la sentencia.

De todo lo expuesto, se deduce que en las controversias relacionadas con menores, se debe estar al interés primordial del menor y de la familia en general, es decir, lo que más convenga a éstos.

2.3. Controversias derivadas de alimentos.

Tratándose de alimentos, el Juez pondrá a petición del demandante, al tomar en consideración la información que éste le presente, fijar una pensión alimenticia provisional mientras se resuelve el juicio, aún cuando todavía no haya comparecido para contestar la demanda el deudor alimentario o demandado. En todo caso, la audiencia se celebrará con o sin la presencia de las partes en la fecha y hora fijadas.

En efecto, los alimentos y el patrimonio de familia, son los dos pilares de sustento económico del grupo de la familia. Así, es elemental obligación de carácter ético, proporcionar socorro en la medida de nuestras posibilidades, a quienes al formar parte del grupo familiar, la necesitan.

A este respecto, en la obligación y el deber de ayuda recíproca entre cónyuges y parientes, se aprecia con suficiente claridad y fuerza, cómo en éste caso las reglas sirven de base o punto de partida, a las normas jurídicas.

En relación al fundamento, que el Código Civil para el Distrito Federal establece al respecto, se puede decir que el artículo 301 en su parte conducente que a la letra dice...

“La obligación de dar alimentos es recíproca, el que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos...”

El numeral 302 del mismo ordenamiento nos refiere a la obligación de los cónyuges de proporcionarse alimentos, así como en que casos subsistente la obligación de dar alimentos, divorcio, nulidad de matrimonio, etc.

Respecto de los alimentos el Derecho sólo ha reforzado, ese deber de mutua ayuda entre los miembros del grupo familiar, al imponer una sanción jurídica (coacción) a la falta de cumplimiento de tal deber. Así la regla moral es transformada en precepto jurídico: la ayuda recíproca entre los miembros del núcleo social primario que es la familia.

La obligación alimentaria reposa sobre la idea de solidaridad familiar. Los parientes entre los que existe, están estrechamente unidos por lazos de sangre y sería contrario a la moral que algunos permanecieran en la indigencia mientras otros viviesen en la abundancia.

Este deber de ayuda entre los consortes y los parientes, es la deuda alimenticia, y al ser en principio un deber moral, se convierte en una obligación jurídica en que frente un obligado existe un acreedor alimentario, cuyo

fundamento legal descansa en lo que estatuyen los artículos 301 al 307 del Código Civil para el Distrito Federal.

Se puede definir la prestación de alimentos como el deber que corre a cargo de los miembros de una familia, de proporcionarse entre sí, los alimentos necesarios para la vida, la salud y en su caso la educación.

En otras palabras, la obligación alimenticia no es otra cosa más que, cumplir con ésta, ya sea por medio de concubinato, matrimonio, adopción, filiación o parentesco donde los obligados a prestar alimentos deben hacerlo de manera voluntaria u obligados por los ordenamientos legales respectivos para tal efecto.

Sin embargo, la prestación de los alimentos tiene límites:

- a) “No ha de exceder de las cantidades necesarias para que el acreedor alimentario pueda vivir decorosamente.
- b) También ha de estar en proporción con la posibilidad económica de quién deba darlos”.⁹

Su cuantía en cantidad líquida, deberá ser fijada por el Juez, según las circunstancias personales del acreedor, ajustadas a lo que éste necesite para subsistir decorosamente y de acuerdo con la capacidad económica del deudor, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 311 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁹ BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylán. El Derecho de Alimentos. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004. p. 206.

De acuerdo a las consideraciones vertidas, podemos resumir al decir que, el Derecho de Alimentos es la facultad jurídica que tiene una persona, denominada acreedor alimentista, para exigir de otra, o sea al deudor alimentario, lo necesario para vivir como consecuencia del parentesco consanguíneo, del matrimonio, del divorcio y en determinados casos de concubinato.

Los alimentos consisten en proporcionar la asistencia debida para el adecuado sustento de una o varias personas por disposición imperativa de la ley, esto es, el derecho de recibir alimentos proviene de la ley, y no de causas contractuales, por lo que la persona que reclama el pago de los alimentos, por su propio derecho o en representación de menores o incapacitados, sólo debe acreditar que es el titular del derecho, para que su acción alimentaria prospere, lo anterior con base en el vínculo de solidaridad que debe existir en todos los miembros de una familia.

Por lo tanto, la obligación alimentaria proviene o tiene su origen en un deber ético, el cual con posterioridad fue acogido por el derecho y se eleva a la categoría de interés social y orden público, por lo que esa obligación jurídica, al no cumplirse, tendrá una sanción que será la condena al pago de una pensión alimenticia fijada por el juzgador, al tomar en cuenta el referido principio de proporcionalidad.

Como ya lo mencione, las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, relativas a la presentación alimenticia son imperativas (***jus cogens***),

no pueden ser renunciadas ni modificadas por la voluntad de las partes, tampoco puede ser objeto de transacción.

Cabe señalar algunas características de la obligación alimenticia:

1. Es recíproca, es decir, el que está obligado a prestar alimentos, también tiene el derecho de pedirlos. (Artículos 301 y 311 del Código Civil para el Distrito Federal).
2. Naturaleza personalísima de la obligación, hace que esta sea intransferible, es decir, sólo tiene derecho a exigir el que se encuentra en la situación jurídica de pariente dentro del cuarto grado colateral, y de ascendiente o descendiente del deudor alimentista.
3. Son irrenunciables y tampoco puede ser objeto de transacción.
4. Son imprescriptibles, no desaparece la obligación por el transcurso del tiempo.
5. Es una deuda divisible, en cuanto puede ser satisfecha por varios parientes a la vez, en proporción a sus deberes, si todos ellos están obligados a dar alimentos al acreedor.
6. Es una obligación preferente, porque debe ser cumplida con antelación a otras deudas, (artículo 311-Quáter del Código Civil para el Distrito Federal).
7. La deuda por alimentos no es compensable (artículo 2192, fracción III del Código Civil), es decir, que el deudor de alimentos, no puede negarse a prestarlos si el acreedor que tiene derecho a ellos, es a su vez deudor del primero por otras causas.

8. Es característica de la pensión alimenticia, la de que normalmente puede presentarse en forma periódica que cubra una pensión al acreedor.
9. Es una obligación cuyo cumplimiento es asegurable mediante hipoteca, prenda, fianza o depósito por la cantidad bastante para cubrir los alimentos, (artículo 317 del Código Civil para el Distrito Federal). Es una deuda que por su naturaleza debe ser asegurada para su deudor, medida cautelar para garantizar de modo fehaciente el pago puntual de las cantidades fijadas previamente por el Juez, que ha de recibir el acreedor a título de pensión alimenticia.

En base a lo anterior podemos agregar que de acuerdo al Código Civil y Procesal Civil del Distrito Federal el marido tiene obligación de alimentar a la mujer y a los hijos quienes tienen a su favor la presunción de necesitar alimentos, salvo prueba en contrario. La obligación cesa cuando los acreedores ya no tienen necesidad de ellos pero la carga de la prueba corresponde en estos casos al deudor o a los deudores.

Ahora bien, es bien sabido que en materia de alimentos no se constituye cosa juzgada, puesto que el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal autoriza se vuelva a juzgar el punto cuando cambien las circunstancias que motivaron la anterior decisión judicial. Efectivamente, esta disposición en su segunda parte expresa: Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria, y los demás que prevengan las leyes,

pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.

En relación a que, si bien es cierto que el cuidado de la familia y la dirección del hogar debe estimarse como suficiente aportación de la mujer al sostenimiento del mismo y que no pueda exigírsele que trabaje para ayudar económicamente, esto no impide que si la mujer trabaja, sin que esté demostrado que se le haya coaccionado para ello, deberá contribuir a las cargas de la familia.

En relación a la procedencia de la suspensión tratándose de pensiones caídas en los alimentos, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y el Código Civil de la misma entidad establecen, que procederá la suspensión cuando se trate del pago de pensiones alimenticias caídas, es decir, que no fueron pagadas oportunamente, ya que no existe la necesidad imperiosa de que desde luego las reciba el acreedor alimentista.

La obligación de suministrar alimentos a una persona, puede ser declarada y su aseguramiento decretado a petición del acreedor alimenticio o sus representantes, por el Ministerio Público, por sus abuelos, tíos o hermanos mayores y aún de oficio por el Juez de lo Familiar, mediante la información que se estime necesaria para probar el derecho a pedirlos y la obligación de darlos. Esta acción puede hacerse valer sin formalidades especiales, ya sea por comparecencia personal o por escrito, según lo previsto por los numerales 941, 942 y 943 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Debe hacerse notar que los alimentos, por su importancia y trascendencia para la estabilidad de los miembros de la familia, fueron considerados de orden público por el legislador, en los artículos 940, 941 y 943 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, obviamente me refiero al capítulo de las controversias familiares.

El cumplimiento de la obligación de dar alimentos puede realizarse de dos maneras:

- a) Al asignar una pensión competente al acreedor alimentista.
- b) Incorporándole al seno de la familia. Normalmente, corresponde al deudor, operar por la forma de pago que sea menos gravosa para él, siempre que no exista impedimento legal o moral para ello.

Sin embargo, el acreedor puede oponerse a ser incorporado a la familia del deudor, si existe causa fundada para ello. El artículo 309 del Código Civil para el Distrito Federal reformado, señala que en caso de conflicto para la integración, corresponde al Juez de lo Familiar, fijar la manera de ministrar los alimentos según las circunstancias.

“La Suprema Corte de Justicia ha establecido que el derecho de incorporar al acreedor alimentista a la familia del deudor, se encuentra subordinado a una doble condición: a) que el deudor tenga una casa o domicilio apropiados; y b) que no exista impedimento legal o moral para tal incorporación”.¹⁰

¹⁰ Semanario Judicial de la Federación. T. XV. Vol. II. 9ª Época, Marzo-Abril, México, 2002. p. 469.

No basta la existencia de la causa que justifique el abandono de la casa del deudor alimentista, sino cuando hay oposición de este último debe probarse ante el Juez competente la existencia de esa causa que justifique el abandono de la casa de quien se recibe alimentos y es el Juez en ese caso, quien debe autorizar al acreedor, para que se modifique la forma que se han suministrado los alimentos en el seno de la casa familiar del deudor, para que después de otorgada dicha autorización, la obligación alimentaria se cumpla por éste mediante el pago de una pensión suficiente, para sufragar las necesidades del acreedor alimentista.

El Juez deberá, atender a circunstancias personales del acreedor y del deudor, al fijar la cantidad líquida de la pensión en efectivo que debe recibir el acreedor en el futuro y asegurar el pago de esa pensión de acuerdo con el artículo 317 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Si el acreedor alimentista es uno de los cónyuges que ha demandado el divorcio o ha obtenido sentencia de divorcio de quien ha de ministrar alimentos, no procederá la incorporación al seno de la familia de éste, de conformidad con el artículo 310 del Código Civil para el Distrito Federal. Tampoco procederá la incorporación, por razones de orden moral, en el caso de costumbres depravadas del deudor o de ataques contra el pudor u honestidad de la acreedora alimentista, cuando ésta es una mujer casta y honesta y particularmente cuando se trata de un menor de edad. Por razones obvias en estos casos, la acreedora alimenticia puede abandonar desde luego la casa de

la familia del deudor y solicitar posteriormente del Juez la resolución sobre la forma de pago solicitada.

Consideramos que desde el punto de vista jurídico y en atención a la finalidad de la deuda alimenticia, esto es ayuda entre los miembros de la familia, el pago de esta obligación es garantizable a solicitud del propio acreedor, de sus ascendientes que le tengan bajo su patria potestad, del tutor, de los hermanos y a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado y aún a petición del Ministerio Público, como lo previene el artículo 315 del Código Civil para el Distrito Federal.

El aseguramiento del pago de alimentos debe hacerse por medio de:
a) hipoteca; b) Prenda; c) Fianza o depósito en cantidad bastante a cubrir los alimentos; d) o en cualquiera otra forma suficiente a juicio del Juez.

Desde luego, para pedir y obtener el aseguramiento del pago de la deuda alimentaria no se requiere, como ocurre en otro tipo de obligaciones, que el deudor haya incurrido en incumplimiento. En la deuda alimentaria no se requiere que el deudor se niegue a cumplir con ese deber: el artículo 317 del Código Civil para el Distrito Federal provee a quien necesita alimentos, de una acción cautelar de aseguramiento para garantizar de modo fehaciente el pago puntual de las cantidades que fijadas previamente por el Juez, ha de recibir el acreedor a título de pensión alimenticia.

La obligación de suministrar alimentos a una persona; puede ser declarada y su aseguramiento decretado; a petición del acreedor alimentario o sus representantes, por el Ministerio Público, por sus abuelos, tíos o hermanos

mayores y aún de oficio por el Juez de lo Familiar, mediante la información que se estime necesaria para probar el derecho a pedirlos y la obligación de darlos. Esta acción puede hacerse valer sin formalidades especiales, ya sea por comparecencia personal o por escrito.

Inclusive en la actualidad y como un aspecto positivo se refiere a que toda persona que tenga conocimiento sobre la necesidad de otro de recibir alimentos y pueda aportar los datos de quienes estén obligados a proporcionarlos, podrá acudir ante el Ministerio Público o Juez de lo Familiar indistintamente a denunciar dicha situación, lo que se ha consagrado en el artículo 315-Bis del Código Civil para el Distrito Federal.

De acuerdo con el artículo 320 del Código Civil para el Distrito Federal, en relación a la suspensión o terminación de dar alimentos el numeral citado prevé lo siguiente:

“Artículo 320. Se suspende o cesa, según el caso, la obligación de dar alimentos, por cualquiera de las siguientes causas:

- I. Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla;
- II. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos;
- III. En caso de violencia familiar o injurias graves inferidas, por el alimentista mayor de edad, contra el que debe prestarlos;
- IV. Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al estudio del alimentista mayor de edad;

- V. Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables.
- VI. Las demás que señale este Código u otras leyes.

En lo referente a la fracción III, envuelve como causas la extinción de la obligación alimentaria “injuria, falta o daño graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos”, o sea que se toman en cuenta, tanto el deber de gratitud que debe existir como base en el derecho de alimentos, ya que “la ley ha elevado a la categoría de obligación jurídica una obligación moral que impone la consanguinidad al tomar en cuenta los lazos de cariño o afecto que evidentemente existen entre los parientes.” Por tanto, cuando se rompen esos vínculos y la conducta del alimentista llega al grado de violar el deber de gratitud, respeto, cariño y demás atenciones normales que deben existir como compensación al auxilio alimentario que recibe, es de equidad y de justicia que cese la obligación o el deber de dar los alimentos. Esta situación también se le encuentra, entre donante y donatario, según es de verse del contenido del artículo 2370 del Código Civil para el Distrito Federal, cuando la donación sea revocada por ingratitud.

En lo que concierne al contenido de la fracción IV, es obvio que se consagra una solución de estricta aplicación de justicia, al privar de alimentos a la persona que por su conducta viciosa o por falta de aplicación al trabajo, carezca de lo necesario para subsistir.

Finalmente, en lo que concierne a la fracción V, que considera que si el alimentista, sin consentimientos del que debe dar los alimentos, abandona la

casa de éste por demás injustificables, deviene su cesación; esto es con el fin de que, el acreedor deberá vivir en la casa de su deudor para recibirlos y así evitar dobles cargas y alimentista deja de necesitar los alimentos; III. En caso de injuria, falta o daños graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos; IV. Cuando la necesidad de los alimentos depende de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas. Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables.

En relación a la fracción I, debemos decir que cesa toda obligación alimentaria, si el deudor alimentista carece de medios para cumplirla; esto es, carencia de trabajo fijo, de bienes o de una absoluta insolvencia económica, causas éstas que deberán demostrarse fehacientemente en juicio alimentario, pues la sola negativa de tales medios, considérese insuficiente para la cesación.

“Por cuanto a lo dispuesto en la fracción II, debe decirse que cesa la obligación de dar alimentos: a) si la demandante desempeña algún trabajo, profesión y tiene ingresos, situación desde luego que encaja en lo que dispone el artículo 164 del Código Civil para el Distrito Federal toda vez que los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, será siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar; b) cuando el acreedor o acreedores alimentarios (hijos) lleguen a la mayoría de edad, o bien se justifique que trabajan y tiene ingresos económicos, en cuyo caso la obligación de dar alimentos puede reducirse a favor del deudor

alimentista; c) hay la excepción de que, cuando los hijos estudian alguna carrera profesional, no cesa la obligación de dar alimentos, habida cuenta de que deberá demostrarse en el juicio alimentario correspondiente, en forma fehaciente, el curso de dichos estudios, ello aún cuando sean mayores de dieciocho años; d) en los casos de divorcio necesario, para ambos molestias a éste último, para no tener que sostener otro domicilio más simple capricho de permanecer en la casa de su deudor”.¹¹

Otras dos cuestiones alimentarias, surgen del contenido de los artículos 322 y 323 del Código Civil para el Distrito Federal.

- a) “El primero de dichos preceptos reza: “Cuando el deudor alimentario no estuviere presente o estándolo rehusare entregar lo necesario para los alimentos de los miembros de su familia con derecho a recibirlos, se hará responsable de las deudas que éstos contraigan para cubrir esa exigencia, pero sólo en la cuantía estrictamente necesaria para ese objeto y siempre que no se trate de gastos de lujo”.¹² En opinión de Rojina Villegas sobre este punto nos expone: “Tiene interés este precepto porque es un caso verdaderamente especial en el derecho, el imponer al marido las obligaciones contraídas por su esposa en la medida estrictamente necesaria para que esta última se proporcione alimentos. Toda obligación debe ser contraída directamente por el obligado o su representante legítimo. En la especie, la mujer no obra en representación de su marido, sin

¹¹ BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylán. Op. cit. p. 209.

¹² Ibidem. p. 210.

embargo, la ley de pleno derecho hace responsable a este último de las deudas que aquélla hubiese contraído y dentro del límite fijado. Caso análogo existe a propósito de la gestión de negocios y se encuentra reglamentado por los artículos 1908 y 1909 del Código Civil para el Distrito Federal. En todos los casos mencionados, por tratarse de alimentos, se impone de pleno derecho al deudor alimentario la obligación contraída por su acreedor para procurarse lo estrictamente necesario a efecto de subsistir, bien sea que la esposa sea la que se obligue o que el alimentista obtenga que un tercero proporcione los alimentos aún sin el consentimiento del deudor o se ejecuten los gastos funerarios proporcionados a la condición del alimentista y a los usos de la localidad, pues en todos los casos deberán ser cumplidas las deudas o satisfechos los gastos ejecutados por el tercero”.¹³

- b) El cónyuge que se haya separado del otro sigue, obligado a cumplir con los gastos a que se refiere el artículo 164. En tal virtud, el que no haya dado lugar a ese hecho, podrá pedir al Juez de lo Familiar de su residencia, que obligue al otro a que le suministre los gastos por el tiempo que dure la separación en la misma proporción en que lo hacía hasta antes de aquélla, así como también satisfaga los adeudos contraídos en los términos del artículo anterior. Si dicha proporción no se pudiera determinar, el Juez, según las circunstancias del caso, fijará la suma mensual correspondiente y

¹³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T.II. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003. p. 172.

dictará las medidas necesarias para asegurar su entrega y de lo que ha dejado de cubrir desde que se separó.

La obligación de prestar alimentos, cesa en cualquiera de los casos en que desaparezca alguna de las condiciones a que se sujeta su existencia: a) la posibilidad de darla, o b) la necesidad de recibirla.

Así como el nacimiento de la obligación alimenticia depende de la realización de las dos condiciones suspensivas: una relativa al acreedor, la necesidad de pedirlos, otra relativa al deudor, la posibilidad de prestarlos, la subsistencia de esa obligación, depende de que subsistan las dos condiciones que deben reunirse para extinguirlas la desaparición de la necesidad del acreedor o la imposibilidad del deudor para prestar los alimentos.

Evidentemente, la muerte del acreedor alimentista hace cesar la obligación de dar alimentos; pero no necesariamente la muerte del deudor extingue esa obligación, porque como ya se explicó, el cónyuge, los hijos y en algunos casos la concubina o el concubinario tienen el derecho a exigir alimentos a los herederos testamentarios del deudor alimentista, si son preteridos en el testamento (artículos 1368 y 1375 del Código Civil para el Distrito Federal).

La fracción III del artículo 320 del Código Civil para el Distrito Federal suspende o cesa, según el caso la obligación de dar alimentos: por violencia familiar o injurias graves inferidas por el alimentista mayor de edad contra el que debe prestarlos.

Aparece aquí nuevamente el dato moral de la relación que existe entre el alimentista y el alimentado. Tratándose de una prestación (la ministración de alimentos) a título gratuito, la ley hace cesar esta obligación si el acreedor alimentista ejecuta actos injuriosos o lesivos, en contra de quien le presta lo necesario para subsistir, que revelan un sentimiento de ingratitud, que no corresponde a la solidaridad y principios de afecto y de asistencia recíproca en que se funda la obligación alimenticia.

De la misma manera, cesa la obligación del deudor, si la situación precaria en que se encuentra el acreedor alimentista, obedece a su conducta viciosa o su falta de aplicación para el trabajo (artículo 320 fracción IV del Código Civil para el Distrito Federal).

La fracción V del artículo 320 del Código Civil para el Distrito Federal prevé el caso de cesación de la obligación alimenticia, cuando quien debe recibir los alimentos, abandona sin causa justificada y sin consentimiento del deudor, la casa de éste.

Finalmente, diremos que las controversias derivadas de la falta de ministrar alimentos estriba en que dicha prestación, deber u obligación de proporcionarlos no se hace como lo ordena la ley, ante esto, el Juez, deberá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes para su cumplimiento.

2.4. La psicología y la ayuda brindada a los menores y víctimas de violencia familiar.

La psicología es una de las ciencias médicas cuyo apoyo es trascendental en los casos de violencia y maltrato a víctimas y menores, muchas de las veces dicha ayuda, opera en coordinación con el DIF por medio de la Dirección de Asuntos Jurídicos del DIF-DF brinda servicios de asistencia jurídica en materia de Derecho Familiar y orientación psicosocial a personas con escasos recursos que viven en la Ciudad de México.

Esta dirección se divide en las siguientes áreas:

- “Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia.
- Consejos Locales de Tutela.
- Programa de Atención al Menor y la Familia”.¹⁴

Ofrece asesoría jurídica gratuita a personas de escasos recursos económicos en materia de Derecho Familiar, con el propósito de salvaguardar los intereses y derechos de los menores, los adultos mayores, las personas con discapacidad y de la familia en general.

Finalmente, por medio del Programa de apoyo psicológico se brinda apoyo terapéutico a las familias canalizadas por los otros Subprogramas que fungen como un servicio de apoyo a éstos. Además, realiza estudios psicológicos solicitados por los Jueces de lo Familiar en controversias de esta índole, para demostrar el daño moral y mental causado por medio de la violencia y maltrato del menor.

¹⁴ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel Y HERNÁNDEZ BARROS, Julio. Op. cit. p. 127.

Todo niño sea cual fuere su filiación, tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familiar, de la sociedad y del Estado, pero si ésta no se brinda con la atención necesaria, corresponde a los legisladores, a nosotras mañana como madres de familia y después como profesionistas tratar de aportar lo necesario en cuanto al combate de la violencia intrafamiliar se refiere.

Por lo anterior y en base a que hay poca coercibilidad en lo que se refiere a la violencia en el menor maltratado, es que nuestra propuesta cobra interés, porque a partir de la recepción de las denuncias a cargo de la propia Dirección de Asuntos Jurídicos del DIF, se procede a la verificación de la misma, con una investigación inicial y la realización de un estudio socioeconómico de la familia del menor. Cuando ésta es cierta, se canaliza a las tres áreas: la jurídica, la médica y la social.

El área jurídica, en los casos de maltrato a menores los hacen del conocimiento del Ministerio Público y de las autoridades jurisdiccionales correspondientes, a fin de que resuelvan lo que en derecho proceda, en cuanto a la patria potestad, custodia o tutela.

“En el área médica se atienden aquellos casos en los que el menor requiere atención de esta naturaleza y, de manera integral, contará con la atención proporcionada en la clínica del niño maltratado, el diagnóstico y la terapia correspondiente. Por último, en el área social, se dará orientación general a los menores y a sus victimarios, se llevarán a cabo las gestiones

adecuadas cuando el caso amerite albergue temporal y se hará la coordinación necesaria para atender al menor”.¹⁵

Una vez constatada la existencia del maltrato al menor, el trabajador social procede a elaborar la Cédula de Estudio Socioeconómico, documento que tiene el objetivo de registrar el caso. En la búsqueda de esta información se derivan estrategias que permiten al profesional de Trabajo Social alcanzar el objetivo del programa y determina esquemas básicos operativos que abarcan: la investigación, diagnóstico y tratamiento a seguir.

La investigación y planteamiento de un diagnóstico es de gran importancia, debido a que se van a precisar las medidas y los alcances de la intervención institucional. Invariablemente se propone la asistencia integral de la familia donde regularmente intervienen las áreas: social, jurídica y médica en forma separada o conjunta.

Se plantea la intervención integral, mediante el auxilio y orientación para resolver las carencias que padezca el menor y su familia, al propiciar la solución respectiva mediante vigilancia, empleo para los familiares, internado de los menores, trabajo de grupo y canalizaciones a otras áreas de apoyo.

En relación con el aspecto jurídico, la intervención se da mediante la coordinación con la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, para los casos que involucren cuestiones civiles o familiares; o bien, con la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, para la canalización penal.

¹⁵ CANALES PÉREZ, Adriana. El Divorcio y su Procedimiento en México. 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 2002. p. 221.

“En cuanto a los aspectos médicos, se actúa mediante la coordinación con el Instituto Nacional de Salud Mental del propio DIF, el ISSSTE, IMSS, Secretaría de Salud o los Hospitales Infantiles, ya sea por atención psicológica o problemas de salud”.¹⁶

Por otra parte, el DIF a través del Instituto Nacional de Salud Mental del cual dependen las clínicas, tiene la responsabilidad de investigar las causas, el tratamiento y la prevención de alteraciones de la salud mental en los niños y jóvenes, incluso la atención a mayores cuando son ellos, como agresores de sus propios hijos o dependientes, quienes requieren la atención.

Lo antes expuesto, se puede decir que es en teoría ya que en la práctica para presentar una denuncia sobre el maltrato del menor, su seguimiento, procedimiento y culminación favorable, es un verdadero vía crucis que únicamente si bien les va a los denunciantes termina con una supuesta conciliación que en nada beneficia al menor por carecer ésta de validez oficial y legal.

¹⁶ FUENTES, Mario. Ámbitos de Familia en México. 4ª edición, Editorial DIF., México, 2001. p. 161.

CAPÍTULO 3

TRASCENDENCIA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL CONFLICTO DE DIVORCIO

La mediación familiar se inició, en la segunda mitad de los años 70, en Estados Unidos y con el tiempo ha ido extendiéndose a otros países y a nuestro entorno.

Surge para intentar dar una salida extrajudicial al gran número de separaciones y divorcios, que colapsan el sistema judicial. No es nuestra intención poner en cuestionamiento el sistema adversarial sobre el que se apoya nuestra estructura judicial. Pero lo cierto es que en materia de familia, la cual se caracteriza por su alto contenido afectivo, por causas generadoras del conflicto ya añejas, y por la necesidad del mantenimiento del vínculo entre las partes, dicho sistema se ha mostrado en la experiencia como sumamente negativo, al menos en su implementación tradicional.

“Es que el método mismo del litigio judicial incorpora un sistema de ataque y defensa, e incluso de prueba sobre aspectos muy íntimos de la familia, que suelen traer como consecuencia una profundización del conflicto. En tal sentido, no es infrecuente que la promoción de un incidente sea la causa generadora de otro posterior, por el vencido. Las partes toman cada decisión del juez como un triunfo personal o como una derrota. Y cada vez más absorbidas por la disputa, pierden la capacidad de autocomposición del litigio”.¹

No advierten que la mejor solución para sus problemas familiares habrá de provenir de ellas mismas, porque son las que conocen los propios “códigos

¹ HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón y PÉREZ-PORRÚA SUÁREZ, María. El Divorcio. Práctica Forense de Derecho Familiar. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004. p. 26.

de la familia”, las pautas que la rigen. Y muchas veces, ensimismadas en el fragor de la lucha, utilizan sin darse cuenta, como arma de guerra, lo que ambas más quieren: a sus hijos.

Por ello, es necesario un reformulamiento de los métodos destinados a buscar soluciones a la problemática familiar. Métodos desde los preventivos, hasta aquellos que tiendan a buscar soluciones.

Pero esas soluciones tendrán que apoyarse en las más profundas convicciones de las partes, en sus reales necesidades y las del grupo familiar, en particular, las de los hijos. Y, fundamentalmente, tendrán visión del futuro, puesto que están destinadas a personas que deben mantener un vínculo, tal el caso ante existencia de hijos. Por ello, considero, que esto será de gran importancia la observación de la mediación en el conflicto de divorcio, razón por la cual puntualizaremos lo siguiente.

1.1. La Crisis de la Familia Actual.

“La crisis de la familia y el matrimonio es la manifestación más visible de la crisis en que se encuentra el hombre de nuestra época. Pero mientras que en los ámbitos sociales esta crisis puede ser acallada o silenciada, esto no es posible en el ámbito del matrimonio y de la familia. Puede decirse que la crisis de nuestra época encuentra su expresión más profunda en la crisis del matrimonio moderno”.²

² CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003. p. 167.

Se habla de la crisis general del ser familiar y, más en particular, se habla de una crisis de desintegración.

Desintegración familiar supone la pérdida del equilibrio de la estructura dinámica que mantiene unidos a los miembros de una familia. El esposo ya no es esposo, la esposa ya no es esposa y consiguientemente los hijos tampoco tienen marco inmediato de referencia.

Pero para hacer una afirmación de tal naturaleza se requieren pruebas objetivas y se utilizarán como indicadores para evaluar el hecho de la desintegración familiar los siguientes: divorcio, matrimonio temporal o amor libre, aborto, pérdida de funciones, falta de comunicación, crisis de autoridad y la paternidad irresponsable.

Al hablar de divorcios me refiero al que deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio. Esto significa un fracaso matrimonial. No es objeto de esta obra transcribir estadísticas, pero ellas nos revelan un incremento sensible en los divorcios que afecta la estructura familiar.

Al referirnos al amor libre no se pretende expresar que el amor conyugal esté amarrado e impedido en sus manifestaciones, pues creo que el amor conyugal es el más libre que existe, sino que me refiero a aquel que no hace un compromiso serio y definitivo de permanencia entre la pareja.

A diferencia del matrimonio, en el cual los cónyuges se comprometen a una permanencia que llega a la indisolubilidad en el religioso, en el amor libre hay un acuerdo que se ratifica sucesivamente, que no es sino otra forma de presentar el indicador anterior y que pretende evitar el divorcio a través de la

ausencia del compromiso matrimonial, con lo cual se desestabiliza desde un principio el matrimonio y la familia. La unión de pareja no existe. El equilibrio es precario y la desintegración familiar fácil de lograrse.

Ha sido del dominio público la polémica en México sobre la legalización del aborto. No voy a definir el aspecto jurídico, mora, ni psicológico del problema, pero indica la crisis de la escala de valores humanos que necesariamente afecta al matrimonio y a la familia.

“La mayor parte de los países occidentales modificaron sus legislaciones en sentido permisivo del aborto, y han llegado a un extremo tal, que parece ser más frecuente la preferencia del aborto a la contracepción como método de control natal. Actualmente se conserva una reacción en contra del aborto”.³

La familia ha perdido muchas de las funciones que desempeñaba. En cuestión de seguridad social, la familia se ha visto incapaz de prestarla. Podemos observar que en caso de enfermedad, de accidente, de incapacidad, de vejez, etc., la familia que antes tenía estas funciones y que más o menos las satisfacía al incrementar el número de sus miembros, se ha visto en dificultades y estas funciones las ha delegado en las instituciones públicas.

Hasta cierto punto la familia ha perdido la función de instruir a sus hijos. La instrucción actual tan basta, ha hecho imposible que los padres estén capacitados para educar a sus propios hijos, independientemente de sus múltiples ocupaciones y trabajos.

³ CÁRDENAS, Eduardo. La Mediación en Conflictos Familiares. 2ª edición, Editorial Ángel Editor Humanitas, México, 2003. p. 112.

Al observar lo anterior, no pocos autores han señalado que la familia gradualmente pierde su importancia, que actualmente no se justifica y estorba en las relaciones y promoción de sus miembros.

“Es sorprendente, sin embargo, que no obstante esta evolución no sea así. Los psicólogos y sociólogos están prácticamente de acuerdo en que la familia, a pesar de haber perdido alguna de sus funciones, ha mantenido otras e incluso ha asumido funciones más trascendentes que nunca”.⁴

La importancia verdadera de la familia está hoy por hoy en lo que podríamos llamar su función emocional que, como es sabido, no es en absoluto menos vital que cualquier otra en orden a la subsistencia y bienestar del hombre. “Esto lo demuestra también la tendencia cada vez más acusada en todos los países del mundo, a que el mismo acto fundacional de la familia, el matrimonio tenga lugar cada vez más en base al entendimiento mutuo individual y a lazos emocionales y no por consideraciones de índole económica, convencional, de casta, etc. En la medida en que el ambiente general se convierta en algo cada vez más comercializado y técnico, se hace también más imprescindible, crear por la estabilidad mental del individuo una zona libre donde pueda comunicarse con otros individuos y en cierto modo encontrar así mismo fuera de todo control técnico y de estandarización”.⁵

Julián Güitrón Fuentesvilla afirma que “la familia está en crisis porque ha disminuido su importancia en la educación de los hijos al perder los lazos

⁴ Ibidem. p. 113.

⁵ MESTERMAN, Silvia y GROSMAN, Cecilia. Maltrato al Menor, el lado oculto de la Escena Familiar. 4ª edición, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 2000. p. 164.

espirituales de acercamiento entre los miembros de la misma, y así pierden su fuerza los vínculos que unen entre sí a los miembros de un grupo familiar. Agrega que también desasocia a la familia la aparición cada vez más fuerte de separaciones entre esposos que dan lugar a otras familias, y concluye que contra estos factores de disolución debemos dar la voz de alerta para evitar la desaparición próxima o futura de la familia”.⁶

Al ser ciertos algunos hechos detectados, la conclusión no parece satisfactoria. La pérdida de funciones de la familia es resultado de una evolución de la humanidad; la familia tuvo que asumir una serie de funciones que correspondían, más bien, al Estado y a Instituciones Públicas su realización, como son, entre otras, la de instrucción y seguridad social. Sin embargo, la incapacidad del estado para satisfacer esa necesidad, originó que la familia lo hiciera y exigir de ésta, una familia numerosa para protegerse mutuamente en el aspecto de seguridad social y se transmitieran los conocimientos entre unos y otros. Pero al asumir el Estado cada vez más sus funciones, adquiere responsabilidades propias, ha permitido que la familia se concentre en lo verdaderamente propio, en lo que es suyo, en lo que puede ser más importante satisfacer las necesidades de la sociedad y del Estado; de aquí que la evolución, lejos de perjudicar, clarifica la misión de la familia.

“Con motivo de la pérdida de funciones de la familia, o bien delegación de éstas en el Estado, ha traído como consecuencia una relación del individuo con el Estado más directa. Al estado que se consideraba como algo distante, peligroso y dañino, se toma más contacto con él. Al salir los hijos y los

⁶ GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? 6ª edición, Editorial Promociones Jurídicas Culturales, México 2001. p. 76.

cónyuges de su hogar al trabajo y la escuela, se busca, sin lograrlo, una solidaridad interpersonal".⁷

El problema de la comunicación no es, ni como mucho, privativo de la familia, pero en la desintegración que se estudia, la incomunicación resulta un indicador importante que no se puede pasar por alto.

La familia se enfrenta hoy día peligrosamente con el problema de la incomunicación.

Este problema se da, en primer lugar, a nivel conyugal. Los esposos no hablan, ni dialogan. Al afirmar lo anterior, no solamente expreso que no se comunican con la palabra, sino que tampoco lo hacen con los sentidos, ni con su presencia. La comunicación no sólo es verbal, sino a través de toda la persona.

Si los cónyuges no se comunican, difícilmente habrá comunicación familiar. Las familias no dialogan. Si no se conocen no se integran, y si no se integran no habrá unidad y el núcleo fundamental no podrá operar para ser agente de cambio en la sociedad, ni podrá formar a los nuevos ciudadanos.

En los últimos tiempos ha cambiado radicalmente el concepto de autoridad; de autoritarismo al concepto de autoridad como servicio en todas las relaciones: obrero-patronales, de hombre-mujer, de padres e hijos.

La autoridad ya no se impone, se presta como servicio, se busca, se cuestiona. La familia se ha democratizado porque cada vez se integra más por

⁷ Ibidem. p. 71.

personas libres e iguales que buscan entre sí su desarrollo y personalización. Pero esto ha traído los consiguientes conflictos llamados generacionales.

Otro indicador es el de la paternidad irresponsable. No sólo la llamada explosión demográfica con sus graves consecuencias en lo familiar y en lo nacional, sino en concreto, en el problema que en México se siente fuertemente, que consiste en el incremento de los hijos fuera del matrimonio por irresponsabilidad de los padres. Se observa un problema de paternidad irresponsable, con mayor claridad en las familias en que falta el padre.

Este indicador junto con la contracepción, ha creado fuertes conflictos en las familias religiosas, en donde siempre se habían aceptado los hijos que Dios quisiera, sin mayor reflexión. Es muy difícil lograr un cambio de mentalidad para planear la familia y resolver el tamaño de la misma. No se trata de sentar bases o defender el número de hijos, esto corresponde decidirlo a los padres como un derecho humano y conyugal garantizado por la Constitución, en relación al cual el Estado no tiene derecho a intervenir y menos en la forma solapada y publicitaria como lo hace, pero, indudablemente, todo esto se ha creado un conflicto y crisis en la familia.

Se señala también, que la planificación familiar, a través de la cual se reduce el núcleo familiar, debido entre otras cosas a la dificultad actual para que la familia pueda educar y proporcionar todos los elementos a sus hijos, ha hecho que la familia pierda fuerza y que busque agruparse con otras familias par huir de la soledad, al responder a una necesidad de agruparse que se siente en las grandes ciudades. Estimo que no necesariamente una familia con numerosos hijos va a tener una mayor influencia social.

Para que la familia tenga verdadera influencia social y sea un verdadero núcleo básico de la sociedad, se requiere que esta institución cumpla lo que hoy estimo es la misión de la familia, que es: formar personas, educarlas en la fe y participar como núcleo y a través de sus miembros en el desarrollo integral de la comunidad.

1.2. El Divorcio un mal necesario.

Las consecuencias que trae consigo la disolución del vínculo matrimonial, tanto psicológicas como morales para los hijos, son para estos, daños irreversibles y aún más cuando éstos son menores de edad y no alcanzan a comprender la ruptura matrimonial de los padres. Las consecuencias psicológicas que pueden tener los hijos a futuro es que tiendan a divorciarse, moralmente caen en depresiones por ser hijos de padres divorciados; a continuación estudiaremos de manera general las consecuencias de la ruptura matrimonial.

El Estado se encuentra ante la problemática en determinar si es o no conveniente el divorcio en cuanto al vínculo matrimonial. Y para la solución del mismo, se debe tomar en consideración lo siguiente:

- 1) “La subsistencia de los matrimonios mal avenidos o en los cuales uno de los cónyuges sea indigno de ser titular de los derechos, poderes y facultades que derivan del matrimonio, es evidentemente un mal social que es preciso remediar los pésimos ejemplos que produce, sobre todo respecto a los hijos.

- 2) A su vez, el divorcio produce consecuencias funestas para ellos y trae consigo la disolución de la familia, y el peligro de que se multiplique en los mismos divorciados, y se convierta al matrimonio en una institución de tal manera frágil que sólo sirva para permitir a los esposos satisfacer pasiones temporales y dar rienda suelta a sus costumbres disolutas.
- 3) También hay que tener en cuenta que el instinto sexual y las necesidades a que da nacimiento, son muy poderosos y difíciles, de tal manera que si no se permite el divorcio en cuanto al vínculo, se obliga a los divorciados a tener relaciones ilícitas fuera del mismo matrimonio”.⁸

Como se ve, el problema del divorcio está relacionado con la aptitud de los cónyuges a refrenar sus instintos sexuales, sean en el mismo matrimonio o fuera de él, cuando están separados. Por lo mismo, es posible afirmar que la evolución de la especie humana no ha alcanzado el grado de moralidad suficiente para soportar la indisolubilidad del matrimonio, por lo que debe considerarse al divorcio como un mal necesario a fin de evitar otros males mayores, e injusticias increíbles.

Se puede concretizar dentro de los argumentos en contra del divorcio y establecer en forma categórica lo siguiente: el divorcio es un mal que lleva intrínseco un factor de disolución y disgregación familia, se dice que es inmoral porque fomenta la liviandad e irresponsabilidad de los contrayentes y víctima a inocentes, es decir, a los hijos.

⁸ PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. 7ª edición, Editorial Porrúa, México, 2002. p. 163.

De las hipótesis planteadas anteriormente se puede concluir que: el divorcio es el generador de la disgregación familiar con todos sus efectos negativos, abolir el divorcio y presenciemos el resurgimiento de la armonía conyugal. ¡Que fuera está del contexto jurídico-social esta falaz determinación, en virtud que sería utópica tal aseveración!

Es indiscutible que el divorcio es un mal pero sólo en determinadas circunstancias y condiciones, pero cuando no hay hijos y los que se divorcian lo hacen de mutuo acuerdo pueden rehacer su vida matrimonial con otra pareja, aunque aún así en el mejor de los casos se reitera, el divorcio es la manifestación de un fracaso porque los consortes no encontraron en el matrimonio lo que esperaban del él. Si por circunstancias innumerables, los desposados dejan de comprenderse, de amarse y respetarse, empiezan las desavenencias, se separan. Esto es, el divorcio no es más que la expresión final y legal de una realidad, del rotundo fracaso de la convivencia familiar.

Al ser un gran número los casos de los conflictos conyugales, el divorcio constituye la única alternativa para suprimir males mayores, ya que es la expresión continua de bajas pasiones de uno o de ambos cónyuges donde los hijos son simples espectadores y a veces partícipes de tales acontecimientos y resultan ellos los más perjudicados.

“Se habla de que el divorcio va en contra de la ética, señalan los moralistas. Erróneo argumento, no es el divorcio en si inmoral, lo inmoral sería sobrellevar una convivencia no fructífera en la cual ya no existen lazos afectivos entre sus miembros, en razón que sólo hay entre ellos indiferencia,

desprecio, rencor o agresión; cuando en realidad ya no son lo que aparentan, un matrimonio, ya que sólo los une un vínculo legal, por lo consiguiente este debe romperse. La ley da la pauta para esto a través de un instrumento eficaz: el divorcio”.⁹

Se puede considerar, por lo tanto, inmoral e injusto la obligación legal de continuar una relación que ya no se desee. Es inmoral porque genera uniones clandestinas y el adulterio, también es injusto, puesto que priva a los individuos de un bien personalísimo, nada menos que la libertad de unirse legalmente con quien desee.

No debe caber la menor duda de que el verdadero mal del divorcio lo sufren y lo parecen los hijos; pero no es el divorcio como expresión legal de la terminación de las relaciones matrimoniales lo que los afecta. Lo es en todo caso la falta de relaciones afectivas y entendimiento entre sus padres, como también lo es la situación permanente de incertidumbre que impera en el núcleo familiar; que se traducen en discusiones, riñas, injurias y malos tratos. Por tal motivo son éstas las causas que propician la ruptura de esta comunión de vida.

Por consiguiente, el divorcio en estos casos, es la salida a las lamentables condiciones de la relación familiar mismas que, en lo futuro, resultan más perjudiciales para la formación y equilibrio emocional de los hijos. A través del divorcio sufrirán la separación de sus seres amados, más no serán los testigos impotentes de las actitudes negativas de sus progenitores.

⁹ Ibidem. p. 164.

Es evidente de que el divorcio es sólo la manifestación legal de la real ruptura del matrimonio.

Al tomar como punto de partida lo mencionado anteriormente, el divorcio no es lo que se ha querido que se crea de él, una figura jurídica opuesta o en antagonismo con el matrimonio, o contra sus principios, en virtud de que el divorcio sólo es consecuencia y no causa generadora del rompimiento de la relación matrimonial, pues los verdaderos causantes lo son la propia pareja que no ha podido mantener una convivencia satisfactoria, es el propio matrimonio mal planificado el que propicia las desavenencias conyugales dentro del seno familiar.

Sería poco probable de que es realizara, si pensáramos que al derogar el divorcio de nuestra legislación, no habría más rupturas matrimoniales o separaciones conyugales. Claro, si fuera esto factible sería lo idóneo, pero esto es algo fuera de la realidad y naturaleza human. “El hecho de que una figura jurídica esté o no regulada o una conducta esté o no determinada, no implica que el hombre, como persona, titular de derechos y obligaciones ante un orden jurídico cumpla necesariamente lo establecido por la legislación; puesto que en cualquier momento puede la norma jurídica ser objeto de violación o no cumplimiento por éste, en razón de que el ser humano goza de la libertad de hacer lo que le plazca, siempre y cuando cumpla los lineamientos exigidos por su comunidad o en su defecto hacerse acreedor a las sanciones y penalidades respectivas por no acatar lo establecido”.¹⁰

¹⁰ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T. III. 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004. p. 385.

El divorcio como efecto de una relación mal avenida, no es él propiamente algo nocivo o perjudicial para las personas que han culminado su vida en común, pues con frecuencia se considera al divorcio un fracaso y que en realidad no lo es, ya que si hay un fracaso lo es en una relación hombre-mujer, y no es un fracaso total que impida la realización personal tanto para el hombre como para la mujer. Por consiguiente, el divorcio es la pauta legal para tratar de subsanar la imperfección de la naturaleza humana cuando dos seres se unen en un vínculo y éste no funciona, o no satisface sus inquietudes o metas que se deseaba lograr a través de la vida en común, por lo tanto, la mejor solución al mismo es la terminación de dicha relación.

Podría considerarse que el divorcio atenta contra la integridad de las víctimas ajenas a él, los hijos, si bien es cierto que los infantes dentro de la familia no toman partida en este asunto, pero si juegan un papel importante dentro del mismo, puesto que si son menores de edad los más perjudicados son ellos en atención que verán dividido su mundo afectivo en dos partes irreconciliables, además de las posibles complicaciones psicológicas y sociales que genera la ruptura de un matrimonio.

Pero cuando el infante vive situaciones en el que sus progenitores llevan una convivencia nada aceptable de acuerdo a los principios establecidos por la sociedad y que propicia todo lo contrario que debe de existir en una familia como lo es una estabilidad emocional entre sus miembros, y sólo encuentra malos tratos, injurias y desavenencias de sus padres lo mejor será que culmine

esa falsa relación carente de lazos afectivos y de ésta manera prevenir que se susciten otros efectos más dañinos que repercuten en detrimento de los hijos.

También lo es el hecho que en muchos de los procedimientos de divorcio se afecta a los hijos, también lo es que en cierto número de los mismos se beneficia a los infantes de situaciones poco satisfactorias y de ésta forma se contribuye en aliviar y brindar una vida más saludable para su normal desarrollo en el medio social.

No es posible y no debe de permitirse que una vez desaparecidas las relaciones afectivas que dieron lugar a que dos personas se unieran en vínculo matrimonial continúen esa vida y sobrelleven una convivencia carente de todo afecto y comprensión entre protagonistas y que dará lugar a fricciones entre ellos que redundan en perjuicio de sus seres queridos: sus hijos.

Es también conveniente tratar los efectos del divorcio entre los consortes, en razón que son ellos los protagonistas principales ante esa manifestación creciente en las parejas que es de concluir el vínculo jurídico que les une.

“El efecto más normal que suceda entre dos personas que tuvieron una convivencia en común durante un tiempo más o menos prolongado a través del matrimonio, resientan de forma mediata el distanciamiento o alejamiento de la relación que los ligaba anteriormente; pero como todo obstáculo o problema,

hay igual número de soluciones que les permitirán a ambos superar este percance”.¹¹

Por lo tanto, los divorciados tendrán que aceptar de la forma más conveniente y real su nueva condición, que puede ser objeto de menosprecio o discriminación por el medio social o familiar y que en realidad no es ninguno de los supuestos planeados en virtud de que el divorcio da una nueva oportunidad si se desea, lograr su realización dentro del ámbito personal y espiritual a través de un nuevo matrimonio ya que el anterior no satisfizo las necesidades o inquietudes que se esperaban lograr. La nueva condición del divorciado ya sea hombre o mujer, en que si alguno de ellos quedó a su cargo la patria potestad de uno o varias de sus hijos, o que ambos quedaran a cargo de la patria potestad de uno o varios de sus hijos, es el de adaptarse a la nueva vida que les espera, sea que se mantenga en la postura de no volver a celebrar nupcias o si las celebra ver si es aceptado o aceptada con hijos o sin ellos; pero esta no es la cuestión lo importante es que la pareja esté consiente de la decisión que va a tomar al momento de proceder al divorcio. Pues de no ser analizada de la manera más atingente redundará en perjuicio de la familia y más que en ésta, en la propia sociedad.

De hecho, el divorcio presenta a los divorciantes algunos inconvenientes de tipo familiar, social y económico que con mayor o menor dificultad podrán superar. Dentro de los inconvenientes de tipo familiar serán el de recriminarle su actitud como también lo es el menosprecio de su círculo familiar; respecto a los sociales será que se le considere un fracasado y se le limite su capacidad

¹¹ Ibidem. p. 387.

en su desarrollo personal y social; en lo que atañe a los económicos será que si es condenado en la sentencia definitiva al pago de una pensión alimenticia por sus hijos lo restringirán durante un tiempo prolongado y de esta manera podrá verse en situaciones poco favorables para su manutención.

Pero en el mejor de los casos debemos de concebir al divorcio como la salida, la oportunidad o solución para aquellos seres que por desgracia unieron sus vidas por medio de un vínculo jurídico, que es el matrimonio y que no les brindó los anhelos que deseaban cristalizar por medio de él, pero también puede ser que erraran en elegir a su pareja o que por otros factores ajenos a él o ella, se ven en la necesidad de consumar un matrimonio que a largo plazo tendrá como consecuencia inevitable la fisura y desaparición de esa unión, por medio del instrumento que la ley establece en su ordenamiento respectivo; el divorcio.

1.3. La violencia familiar como detonante del divorcio.

La violencia es un factor común en todas las sociedades, que afecta de alguna manera a todos los individuos, consecuencia de la desigualdad en la distribución de los recursos económicos y sociales de nuestra realidad nacional pero más aún la violencia familiar, es un detonante o generador del divorcio.

Si nos remitimos a la historia, “la mujer durante siglos ha sido considerada un ser inferior, a la que se había de relegar u por que no, a la que podía castigar. Esta agresión la vivía principalmente dentro de la familia. Este pensamiento favoreció la marginación de las mujeres y niños, al considerar un ser inferior del hombre, la corrección hacia los niños se practicaba a través de

golpes e insultos para tratar de educarlos al someterlos, incluso a través del silencio, una forma de no reconocer la existencia de éstos”.¹²

No es sino hasta la década de los sesenta que se plantea como un problema grave el maltrato a mujeres y menores. La importancia de la violencia intrafamiliar es reconocida por organizaciones de mujeres que inician su discusión del género hacia el interior de grupos de auto ayuda, de los de reflexión donde aparece esta problemática como tema recurrente, al quedar patente la necesidad de protección física.

Algunos autores señalan que en nuestro medio, “la asesoría legal, el apoyo psicológico, así como la búsqueda de soluciones de carácter económico, puede ser el tener un empleo y una vivencia digna, es ahí donde se empiezan a gestar lineamientos empíricos y queda registrado el maltrato doméstico como un fenómeno histórico vinculado con el sometimiento de los sectores débiles en mujeres, ancianos y niños, esto es como un acto de poder y no como un fenómeno producto de las modernas condiciones socio-económicas que bien pueden ser factores influyentes”.¹³

Ahora bien, si tomamos en cuenta que en nuestro medio, la familia es la institución donde se efectúa la reproducción de la sociedad, por una parte es el escenario donde el ser humano se produce biológicamente y por otra, es el lugar donde el ser humano y como ser social, reproduce la población de la que forma parte. “Recordaremos que México en el año de 1973, de acuerdo a las

¹² PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Aspectos Jurídicos de la Violencia contra la Mujer. 5ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003. p. 121.

¹³ ÁLVAREZ, Ana Josefina. Ayuda psicológica a la Mujer, el Niño y la Familia. 2ª edición, Editorial DIF., México, 2001. p. 87.

estadísticas de CONAPO (Consejo Nacional de Población); contaba con más de 56 millones de habitantes para el año de 1990, de acuerdo al Censo de Población y Vivienda, elaborado por INEGI (Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática), éramos 81,249,645 ciudadanos”.¹⁴

“Actualmente nuestro índice de crecimiento de 2.1% anual, rebasa a 82 millones de mexicanos, al ser este porcentaje uno de los más altos del mundo y el más alto sin duda entre los países que tienen una población semejante o mayor a la nuestra”.¹⁵

Esta elevada tasa de fecundidad y el descenso de la mortalidad, enmarca una realidad demográfica impresionante. De acuerdo con las tendencias actuales, llegamos al inicio del siglo XXI con 91 millones de mexicanos aproximadamente, que habrán de requerir alimentación, vivienda, educación, empleo y todo tipo de servicios en base a las necesidades detectadas de acuerdo a su contexto socio-familiar. Los padres de estos millones de mexicanos del año dos mil, nacieron ya.

Es el momento de considerar seriamente un problema al que desde hace tiempo han hecho frente muchas naciones de diversa estructura política, económica y cultural.

Vastos sectores de nuestra población se plantean el problema del crecimiento de la familia; sin embargo, pocas son las instituciones que se han dado a la tarea de plantear programas y proyectos que mitiguen la violencia dentro de la misma. Por miles acuden las mujeres mexicanas a los Centros de

¹⁴ Ibidem. p. 89.

¹⁵ GONZÁLEZ NUÑEZ, José de Jesús. Alteraciones Afectivas en la Psicología Sexual Masculina. 2ª edición, Editorial Trillas, México, 2002. p. 129.

Salud, a las Clínicas oficiales y privadas, Centros de Desarrollo Integral y otras, en demanda de prevención y orientación sobre las posibilidades de regular diversos problemas tales como: Salud, violencia doméstica y sexual, que afectan en su totalidad a la familia. Ante esta situación, el Gobierno Mexicano crea al Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar y Sexual que se da a la tarea de proporcionar apoyo gratuito a víctimas y agresores como respuesta a estas patologías sociales.

“En nuestro país, el fenómeno de la violencia familiar, está presente en todas las edades, sexos, niveles culturales, creencias o posiciones económicas. Sin embargo, hay diferencias del 100% de las víctimas de la violencia, el 89.5% son mujeres y en un 75% de los casos, el responsable suele ser su posición”.¹⁶

Para conocer la opinión que la sociedad tiene respecto de la violencia en la familia, la Asociación Mexicana Contra la Violencia hacia las Mujeres, A.C. (COVAC), integrante del grupo plural Pro Víctimas, A.C., llevó a cabo una encuesta en nuestras ciudades, en la que destaca, con relación a la ciudad de México, los siguientes aspectos: los miembros de la familia que con mayor frecuencia son maltratados física y emocionalmente, son los niños en un 82% y la madre en un 26%; el 98% de los encuestados, consideran que el maltrato físico o emocional es una conducta violenta que debe ser un asunto particular y exclusivo de los familiares, para pasar a ser un problema social.

“Cifras de la Dirección de Atención a Víctimas de Delitos, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, resaltan de enero a

¹⁶ TREJO MARTÍNEZ, Adriana. Op. cit. p. 93.

septiembre de 1997, que en relación a la víctima con agresor de 3,186 delitos, la agresión sufrida por 1,030 personas fue realizada por un familiar: Tío, padrastro o padre. Según estadística del Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI) de la Procuraduría citada, desde su creación en 1991, se han atendido 180,000 personas, de las cuales 89% son mujeres; el 100% de ellas reconocieron ser víctimas de violencia psicológica, 73% sufrió violencia física y 30% sexual”.¹⁷

“Según datos de la Organización Panamericana y Mundial de la Salud, se estima que mientras de un cuarto a la mitad de las mujeres informan haber sido objeto de abuso físico, un porcentaje aún mayor se ha visto sometida a abuso emocional y psicológico.” Según datos proporcionados por Greyse León, “cada quince segundos, una mujer es golpeada en su propio hogar, unos 4’000,000 de mujeres y 4,000 son asesinadas cada año por el marido o por la pareja masculina. Mundialmente, según las estadísticas, el 75% de las víctimas del maltrato familiar son mujeres. Las mujeres y los menores son los blancos perfectos en el hogar para ejercer un tipo certero de violencia física y sexual, presiones y control psicológico por ser los sectores más vulnerables de la población”.¹⁸

Los niños que son por su parte testigos de la violencia contra su madre, se encuentran en peligro a ser atacados y desarrollar problemas de ajuste durante la niñez y adolescencia (49% de los casos), lo cual afecta el desarrollo de la personalidad del niño y además puede condicionar en el futuro la reproducción de un comportamiento violento.

¹⁷ Ibidem. p. 94.

¹⁸ PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Op. cit. p. 68.

“En un informe correspondiente al período del 1997, del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), a nivel nacional, se recibieron 23,378 denuncias, se atendieron 25,269 y se comprobaron 16,843. Como tipos del maltrato se mencionan: físico (9,174), emocional (5,130), sexual (1,057), omisiones del cuidado (5,760), explotación sexual comercial (24), negligencia (951), aborto (420) y abandono (1,479). Como agresores figuran: (10,317), el padre (5,618), los maestros (246), abuelos (567), abuelos de parte de la madre (1,359), de parte del padre (1,659), tíos (572) y otros (1,105)”.¹⁹

Se puede señalar como un factor importante, la crisis de la familia, a la que hacen referencia varios indicadores a los cuales me referiré, sólo mencionándolos y son: divorcio, la unión libre (fuera de matrimonio), el aborto, la contracepción, la pérdida de funciones de la familia, la falta de comunicación, la paternidad irresponsable, la pérdida de valores y la falta de autoridad como servicio.

Lo estimo afecta, sensiblemente, ha sido la división del trabajo por sexos. Según los estudiosos e investigadores sobre la evolución de la familia, desde remotos tiempos la mujer quedó al cuidado de los hijos y del hogar, mientras que el hombre salía a la caza, pesca y a la agricultura. La familia era una unidad de producción, en la cual participaban los progenitores y los hijos; en ella se transmitían los valores culturales; se enseñaba a leer, se transmitía la fe y se preparaba a sus miembros para el trabajo familiar (familias de talabarteros, herreros, agricultores, etc.). Esta unidad de producción se rompió

¹⁹ CANDLES PÉREZ, Adriana. Op. cit. p. 166.

con la industrialización; hizo salir al hombre del hogar para trabajar en fábricas u oficinas y a la mujer permanecer en casa, al cuidado de los hijos. Con motivo de las dos guerras mundiales de este siglo, la mujer fue llamada a colaborar en fábricas y oficinas para suplir a los hombres que iban al frente. Al regresar éstos, a la mujer se le devolvió a su casa, pero después de la segunda de las guerras, ésta ya no lo aceptó tan fácilmente. Se crearon movimientos feministas, que lucharon por la igualdad de dignidad y derechos. Sin embargo, en nuestros ambientes se priva la división del trabajo por sexos y a la mujer se le encomienda el trabajo del hogar y con los hijos, que se ha devaluado en forma incomprensible.

Adicionalmente se señalan como causas las siguientes: El Director del Centro de Integración Juvenil (CID), Raúl Arce Lara enfatiza que la violencia intrafamiliar es algo así como “hereditario, que se transmite de generación en generación. Es la cultura del fuerte sobre el débil. Puede ser el hombre contra la mujer o viceversa, los hijos se desarrollan y crecen con el ejemplo de los padres”.²⁰

También señalan: el alcoholismo, pues no hay control de sus impulsos. En ocasiones se dan abusos con la mujer o las hijastras. Están señalándose además, las relaciones desiguales y las pautas culturales. Afecta sensiblemente según estudiosos, también el aspecto económico. Con motivos de la aprobación de la Ley de la Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar, se señaló que el empobrecimiento de millones de familias, producto de una equivocada conducción económica, son otros factores de las

²⁰ Universidad Tecnológica de México. Derecho Civil I. 2ª edición, Editorial UNITEC, México, 2004. p. 132.

violencias domésticas. Esta se exagera, pero no se eliminará solamente con los remedios económicos. La violencia contra las mujeres parece estar asociada con la pobreza y la tensión relacionada; algunos estudios sugieren que el abuso con la esposa, por ejemplo, prevalece más entre pobres y los desempleados.

Se señala también, los desequilibrios psíquicos, las frustraciones del varón: personales, profesionales, etc., que calan luego con los más próximos y más débiles (el padre en ocasiones pretende por métodos violentos, que el hijo alcance una cuota en el estudio que él jamás pudo obtener, por ejemplo).

Se señalan en concreto cuatro factores “fuertemente predictivos de la prevalencia de la violencia contra las mujeres en las sociedades: desigualdad económica entre hombres y mujeres; un patrón de uso de violencia física para resolver conflictos; autoridad masculina y control de toma de decisiones y restricciones para las mujeres respecto de su capacidad para dejar el seno de la familia”.²¹

Las agresiones pueden ser: verbales, que frecuentemente lastiman más que las físicas, en virtud de que se disminuye la autoestima del ser humano. Físicas, que pueden ser desde golpes, cortadas, toques lascivos, actos sexuales forzados.

Los estudiosos de este problema, han detectado ciclos de la violencia familiar que no todos aceptan, pero es interesante conocer.

²¹ Ibidem. p. 134.

En esta materia seguiré el trabajo de la maestra María de Montserrat Pérez Contreras, investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. “Se señalan dos clases de ciclos: contra la mujer y contra el menor. En el primero se destacan cuatro etapas: la tensión, la violencia, la luna de miel y la repetición. En la primera, el hombre o agresor acumula ansiedad y tensión que lo lleva a explotar en enojo, y culpa a la mujer de lo que acontece; empieza a agredir verbalmente, la víctima trata de justificarse sin lograrlo. La segunda etapa se presenta cuando habiéndose disculpado el agresor, vuelve a explotar, pero con mayor violencia y se dan golpes y otros actos que lastiman a la víctima. La tercera se da cuando ambos tratan de justificarse y él promete que nunca volverá a suceder. Lo lleva a ser más cariñoso y atento, la receptora le cree y lo acepta. En la cuarta etapa, la víctima puede percibir que al agresor le es imposible o muy difícil cumplir lo prometido, pues los períodos de luna de miel son más cortos. Esto hace que la víctima devalúe su propia imagen y esté en constante estado de depresión. La víctima cambia la imagen que tiene de su pareja, quien le inspira miedo y cuando ve venir otro período de violencia, no intenta evitarlo, sino que provoca para que pase más pronto”.²²

En relación a los menores, existen tres factores que dan origen a la violencia: el menor receptor de la violencia, el adulto agresor y el factor desencadenante. Este puede ser externo o interno, por ejemplo, aumento de intereses en el crédito que adeuda, desempleo, choque de su auto, etc., internos, que se haya muerto un familiar, malas calificaciones del hijo, etc.

La violencia en la familia es motivo de preocupación e indignación en las naciones del mundo, en ellas incluida la nuestra. Hasta hace poco era

²² PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Op. cit. p. 139.

considerado como un asunto de interés privado, que sólo era competencia de la familia misma. Hoy día, como resultado de todos los esfuerzos que se han hecho en las convenciones internacionales y conferencias sobre derechos humanos, la violencia de género ya no está confinada a la esfera privada; es una cuestión pública que se debate en academias, en los sindicatos y en los partidos políticos, en las organizaciones de base, en los movimientos urbanos y en las escuelas profesionales. Está incluida en la política del Estado.

Podemos estimar que por la violencia familiar se afectan los derechos humanos, la libertad personal, la convivencia familiar, la salud física y emocional, la seguridad. Todo lo anterior repercute socialmente al agredir la estabilidad familiar, necesaria para la debida integración del país y su promoción.

1.4. Aspectos psicosociales necesarios para efectuar el proceso de mediación en situaciones de separación y/o divorcio.

Los equipos interdisciplinarios de mediadores deberán contar con abogados especializados, asistentes sociales y psicológicos. Estos últimos abordan un nivel de asistencia al conflicto muy específico que dice relación, entre otras cosas, con la interacción entre las partes y la comunicación como dispositivo fundamental de la negociación. El psicólogo y mediador Jorge Burgos señala algunos antecedentes teóricos que enmarcan la aproximación psicológica a la mediación:

- “En primer lugar, elementos de la teoría de conflictos, que identifica sistemas sociales complejos conformados de interacciones que son

cohesionantes y a su vez, interacciones antagónicas, las cuales mantienen una dinámica de equilibrio, basada en la natural y necesaria diferencia que permite identificar los distintos componentes del sistema. Las interacciones antagónicas o conflictos no son estáticos, sino dinámicos en el tiempo con distintos énfasis, orígenes, desarrollos y resoluciones. Asimismo, los procesos conflictivos se construyen entre las partes, y la solución también debe ser un proceso asociativo, sin roles predefinidos de víctima y victimario que hacen perder la vista el tipo de relación y la parte del conflicto que cada cual aportó a construir.

- Otro marco teórico imprescindible para afrontar los desafíos de la mediación es el de la comunicación. Tanto el conflicto mismo como el procedimiento de la negociación y la mediación son procesos comunicacionales. Y estos procesos poseen al menos 2 variables que deben ser atendidas: contenido y contiene. Lo que se expresa verbalmente a través de las palabras, lo explícito, lo analítico y lo que se comunica a través de la actitud, de los silencios, de las posturas, de los tonos y que dice relación con el tipo de interacción comunicativa no verbal entre las partes. Este tipo de lectura de la interrelación es una herramienta utilizada por la psicología para diagnosticar un primer nivel de estado del conflicto.
- Respecto al abordaje terapéutico de la mediación, el autor revisa distintos aportes y técnicas individuales, grupales, familiares, entre otras, sin embargo, previene un aspecto que vimos antes: la clara distinción entre mediación y terapia. La primera es una intervención

acotada sobre temas determinados legalmente en una situación de conflicto que busca alcanzar en forma voluntaria acuerdos autogenerador entre las partes. La segunda es un proceso destinado a tratar problemas subjetivos de interacción entre las partes, al procurar el crecimiento de los individuos, la maduración de sus personalidades, en forma particular o conjunta. No obstante, las técnicas y herramientas teóricas y prácticas de la terapia familiar permiten al psicólogo una mirada particularmente holística acerca de los conflictos humanos, su desarrollo y posibles soluciones”.²³

Un aspecto que se vio antes, y que este autor refuerza en su artículo, es que el enfoque de la psicología pone actualmente el énfasis en las potencialidades y competencias psicológicas del individuo orientadas a la explotación de sus propios recursos en la búsqueda de soluciones, por sobre una antigua mirada que insistía en focalizar los déficit y zonas problemáticas como eje de la intervención, que busca un remedio clínico a las dificultades. Añade Burgos: “El término inglés **empowerment** apunta precisamente a devolver el poder de solución a las personas, poder que de alguna manera se había perdido al entregarse la solución a terceras partes, como por ejemplo, los Jueces”.²⁴

El cambio de perspectiva de parte del psicólogo mediador debe apuntar hacia la planificación de estrategias de intervención, que potencien la actitud proactiva de las personas en conflicto familiar que asume su propio liderazgo

²³ BURGOS, Jorge. La Psicología y la Mediación. 2ª edición, Editorial Diana, México, 2004. p. 216.

²⁴ Ibidem. p. 217.

en la búsqueda de acuerdo, pero al atender a la eliminación de la crisis y pérdida como factor patógeno y a la instalación, como objetivo final, de la reorganización de la nueva estructura familiar en la postseparación, al insistirse en la participación de todos los involucrados, particularmente los hijos. Esto tiene directa relación con la necesaria identificación de roles que no deben confundirse: lo familiar, lo conyugal y lo parental. Aunque la pareja decida poner fin a su convivencia matrimonial, la familia debe funcionar.

El psicólogo, puntualiza Burgos, “aporta su habilidad para manejar reacciones emocionales como la angustia, el temor, la rabia y también su capacidad para canalizar el dolor y el sentimiento de pérdida que acompañan a quienes pasan por experiencias de desavenencia y conflicto de pareja”.²⁵ De este modo permite una mayor comprensión a los otros profesionales mediadores acerca de los problemas latentes u ocultos en los individuos o en las parejas y que pueden pasar inadvertidos en una primera aproximación mediadora.

En relación a lo expuesto, se deduce que la revisión de las miradas del Trabajo Social, la Sociología y la Psicología hacia la mediación permite advertir los aportes de cada disciplina y, a la vez, las áreas comunes en la aproximación a los episodios de manejo de conflictos intrafamiliares.

“En primer lugar, el Trabajo Social tiene como un elemento consustancial a su esencia el manejo de herramientas de negociación y arbitrio entre partes en conflicto como el caso particular de la mediación familiar. El ámbito de la familia constituye el universo más cercano de interrelación de los

²⁵ Idem.

individuos y por ello es el campo de intervención primordial para detectar orígenes y desarrollo de conflictos que devienen separación de pareja. La óptica del Trabajo Social es abierta hacia el resto de las disciplinas e integración en su formación profesional un abordaje interdisciplinario del conflicto y de su administración.

En segundo lugar, la Sociología observa la familia desde una macroóptica que le permite identificar las tendencias de esta institución cultural en la dinámica de los cambios experimentados por la sociedad en las últimas décadas. Las transformaciones de los roles tradicionales al interior de la familia, desde la determinación histórica hacia la autonomía y la autorrealización, así como las modificaciones de la familia a la luz de la nueva sociedad competitiva e individualista, permiten particularizar la relativización del vínculo conyugal, no así del vínculo familiar, el cual se aprecia y valora fuertemente. Allí, la mediación permite la negociación de roles y responsabilidades en procesos conflictivos de mutación de una estructura familiar y otra.

En tercer lugar, la psicología aporta una red conceptual y teórica, que permite analizar las interacciones humanas y sus componentes, armonía y conflicto; como necesarios en toda convivencia social, más aún al interior de la familia, así como los procesos comunicacionales internos, que el psicólogo puede identificar y priorizar, tanto en su perspectiva comunicativa lógica y explícita, como en sus connotaciones subyacentes y formales. Del mismo modo, la psicología posee un arsenal de instrumentos de intervención de

carácter terapéutico que permiten canalizar las emociones y actitudes propias de todo conflicto interpersonal, pero sin confundir terapia con mediación”.²⁶

Por último, un campo que comparten plenamente entre las disciplinas revisadas y que sitúa a la mediación como instancia imprescindible en los conflictos intrafamiliares, dice relación con la unánime apuesta por la potenciación de las capacidades de los individuos en la búsqueda de soluciones convenidas entre las partes, al flexibilizar las posturas, democratizar el lenguaje y las expectativas personales y enfatizar las áreas de fortaleza por sobre los déficit.

Sin lugar a dudas, son varias las cuestiones psicológicas que debe tomar en cuenta el mediador en el proceso de mediación con el objeto de buscar lo que sea más conveniente al interés jurídico, moral y personal del menor.

1.5. La figura del mediador familiar y sus características en la mediación de conflictos familiares.

En lo que hace al papel que debe desempeñar el mediador en las negociaciones, los autores difieren, por cuanto aquí se renueva la cuestión vinculada a si el mediador debe concentrar sus esfuerzos en el proceso de mediación o en el fondo o la sustancia del problema.

Considero, que los mediadores deben limitarse a dirigir el procedimiento de las negociaciones y dejar las decisiones del contenido a las partes. Por ello,

²⁶ Ibidem. p. 218.

en materia de familia, por ejemplo, en un divorcio, los padres generalmente saben qué es lo que más les conviene a los hijos, como al funcionamiento de la familia. Ellos no necesitan que un experto les diga lo que deben hacer. Lo que necesitan es un procedimiento que les facilite la resolución del problema.

El mediador deberá centrar gran parte de su actividad en mantener la conducción del proceso, sin convertirse en Juez del caso. En la mediación familiar, más que en ningún otro tipo de mediación, las partes intentan convencer al neutral de que cada una tiene razón y que su contraparte es la equivocada. Incluso, al estar involucrados sentimientos y emociones, existe la natural inclinación a tomar partido por la mayor o menor razón que pudieron tener las partes en conflicto.

Por ello, el mediador deberá estar alerta y separar su opinión personal sobre el problema del rol que asume en el caso. Él no es Juez ni parte. Su función es intentar que las partes busquen soluciones equilibradas y las encuentren ellas mismas, con su valiosa colaboración.

Pero si existe la inclinación natural del mediador a juzgar sobre la justicia del caso, también las partes suelen verlo en el papel de Juez. En tal caso, debe dejar bien en claro su rol: el mediador no es Juez ni puede aliarse con ninguna de las partes.

Bien señala Haynes, que el mediador ayuda a los clientes a aceptarlo como alguien que:

- “Está comprometido con la negociación, no con persona alguna;
- Es equilibrado respecto de las personas participantes;
- Controla el proceso mientras pueda gestionar los contenidos traídos al mismo por los clientes;
- No acepta definiciones unilaterales del problema;
- Les ayuda a desarrollar opciones para resolver, y
- No guarda secretos para con ninguno de los intervinientes”.²⁷

Es preciso también separar el rol de mediador del de abogado o del de terapeuta.

Las partes, muchas veces por desconocimiento de la mediación, no tienen en claro el rol del mediador, por lo que tienden a confundirlo, al menos en parte, con el de consultor jurídico o con el de un terapeuta.

En cuanto al abogado, se torna difícil separar ambas situaciones, máxime cuando, como sucede en nuestro medio, el mediador debe ostentar este título. Si bien aún no se sancionó la ley de mediación familiar, los distintos proyectos incluyen al abogado como mediador, aunque contemplan la co-mediación con profesionales psicológicos y de otras especializaciones.

Pero su función no es asesorar a las partes, ni brindarles orientaciones jurídicas sobre el caso traído a mediación, salvo, claro está, supuestos particulares en que las negociaciones se encuentren trabadas o existan flacos conceptos acerca del derecho vigente, la interpretación de los jueces u otros

²⁷ FRANCOIS SIX, Jean. Op. cit. p. 132.

datos objetivos. En estos casos el mediador se limitará a informar a las partes sobre los aspectos puntuales que se vinculen a las negociaciones.

Las partes se sienten inclinadas a efectuar preguntas de tipo legal al mediador. Este último deberá dejar en claro su función, para evitar que se desdibuje su imagen y termine convirtiéndose en consejero legal.

Parecida situación suele darse en el campo terapéutico. Si como está proyectado, se incluye en la futura ley la figura de los co-mediadores especialistas en psicología, etc., éstos habrán de evitar convertirse en terapeutas de las partes. Su función será la de colaborar en el esclarecimiento de los intereses subyacentes de las partes, para la búsqueda de soluciones negociadas.

Ellos deberán reconocer la dolorosa situación que las partes viven y ayudarlas a que, a pesar de ello, busquen un acuerdo. Pero no ayudarán a una u otra parte a elaborar su divorcio. Y si advierten que alguna de ellas está bloqueada e impedida de negociar desde la óptica de los intereses, sí podrá derivarla a un terapeuta. Es que el rol del co-mediador en este caso no será de un médico o un terapeuta. Será, simplemente, la de co-mediador.

“Se ha señalado que si la cuestión es dilucidar si el matrimonio está acabado o no, las partes deberían ser derivadas a una terapeuta familiar. Una vez que la decisión de divorciarse ha sido tomada por los dos cónyuges, la disputa a ser mediada es cómo instrumentar esa decisión y no si llevarla a cabo. Si uno de los esposos lleva al otro a la mediación bajo la excusa de ir a trabajar sobre sus problemas matrimoniales, frente a la explicación del mediador acerca del alcance de sus funciones, la pareja debería decidir si quiere trabajar sobre su matrimonio o sobre su separación. Si eligen lo primero,

son derivados a una terapia familiar. Si eligen lo segundo, se quedan en la mediación”.²⁸

Las características que debe reunir el mediador son, entre otras, las siguientes:

- a) “Imparcialidad: significa una opinión no tendenciosa o la falta de preferencia a favor de alguno/s de los negociadores.
- b) Neutralidad: alude al comportamiento o la relación entre el mediador y los contendientes. El mediador no debe promover actos perjudiciales para los intereses de alguna de las partes. También tiene que ver con este deber que el mediador no espere recoger beneficios o retribuciones especiales de una de las partes como compensación por los favores prestados al encauzar la mediación”.²⁹

Es cierto que el mediador nunca podrá ser completamente imparcial, puesto que él tiene sus propias vivencias, su propia conclusión respecto de las razones o sinrazones de las partes. Pero, lo que la imparcialidad y la neutralidad significan es que el mediador puede separar sus opiniones de los deseos de los litigantes y concentrarse en los modos de ayudar a las partes a formular sus propias decisiones sin favorecer impropriamente a una de ellas. Los mediadores son los defensores de un proceso equitativo y no de determinado arreglo.

²⁸ DUPUIS, Juan Carlos. Op. cit. p. 237.

²⁹ AIELLO DE ALMEIDA, María Alba. Op. cit. p. 225.

CAPÍTULO 4

LA MEDIACIÓN COMO EL MEDIO IDÓNEO PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS FAMILIARES

La mediación, debe ser vista como un mecanismo que aporta cosas nuevas o renovadas al poder judicial para resolver las disputas o controversias familiares que a diario se presentan en los tribunales que van más allá de los procesos judiciales como son la mediación o el arbitraje. En este capítulo trataremos de demostrar la conveniencia de utilizar a la mediación como el medio idóneo para resolver los conflictos familiares y agilizar de trabajo a los tribunales familiares para así; tener una mejor importancia de justicia.

Para lograr lo anterior, será oportuno puntualizar lo siguiente.

4.1. La Mediación como herramienta eficaz para resolver los Conflictos Familiares.

La mediación actual es un concepto nuevo de origen multidisciplinario que aglutina aportaciones de diversas ciencias, como la filosofía, la psicología, el derecho, la sociología y la comunicación. Desde un punto de vista jurídico, forma parte del grupo de las formas autocompositivas de resolución de controversias, la cual, junto con la negociación, la conciliación, la transacción y otras estructuras, ha quedado incluida en el campo de los denominados métodos alternos de solución de conflictos. Otras denominaciones que se emplean para designar éstos son: vías, procedimientos, fórmulas o medios alternativos. En México, identificamos tales métodos con las siglas MASC (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos), en Argentina se conocen

como RAC (Resolución Alternativa de Controversias), en Estados Unidos como ADR (Alternative Disput Resolution).

Como figura autocompositiva, en la mediación son las propias personas en conflicto las que aportan la solución al mismo; por lo tanto, en ella no hay un tercero que lo resuelva, como en el caso de la jurisdicción en la que un juez es quien resuelve, es decir, es un tercero el que dicta la solución a la controversia de las partes, sin que éstas intervengan en la elaboración de la misma. Aunque en la mediación también participa un tercero, es menester destacar que éste no resuelve la controversia, por lo que la presencia de él no modifica su naturaleza autocompositiva, pues sólo asiste a las personas en conflicto con la aplicación de un conjunto de técnicas de comunicación para que, a través de un procedimiento estructurado, puedan entablar un buen diálogo y llevar a cabo una negociación equitativa. En dicha negociación las partes aportan opciones tales y viables a fin de construir acuerdos y dirimir su controversia en forma satisfactoria para las dos, para su presente y futuro. En otras palabras, en la mediación se procura la entera satisfacción de las necesidades e intereses de ambas partes y, con ello, poner fin a su conflicto, en ejercicio de la potestad que la ley les otorga para regular sus derechos disponibles, al tener como límite la propia voluntad. De lo anterior resulta que pragmáticamente se pueda definir la mediación en términos puros como el procedimiento voluntario para ayudar a que dos o más personas encuentren la solución a un conflicto en forma pacífica, en el que para ello interviene un tercero neutral carente de poder de solución, quien, al utilizar diversas técnicas para lograr una buena comunicación, las apoya no sólo se facilita un diálogo a través de un esfuerzo

estructurado, sino también enfocándolas en sus necesidades e intereses reales dentro de una negociación cooperativa, con el propósito de que, por el mutuo reconocimiento de los mismos y sus responsabilidades en las causas que dieron lugar a conflicto, pongan fin a su controversia y construya un acuerdo equilibrado y de mutua satisfacción que les permita resolverla en forma privada.

La mediación familiar es una forma autocompositiva de resolver las controversias surgidas de los conflictos de intereses que surgen en el seno de la pareja conyugal (cónyuges o concubinos), entre esta y sus hijos (pareja parental), así como los que se generan del vínculo de parentesco y que tienen lugar entre el resto de los miembros de la familia extensa (padres con hijos, hermanos entre sí, abuelos con nietos, suegras con yernos, etcétera).

La mediación familiar es una modalidad de la mediación que hasta hace muy poco tiempo fue conocida en México. Sin embargo, ante la complejidad, delicadeza y trascendencia del conflicto familiar, y los resultados y bondades que ha mostrado en otras latitudes durante muchos años, ha empezado a hacer acto de presencia en las legislaciones de diversos estados de la República. En la actualidad, no sólo forma parte ya del derecho positivo nacional, sino que además se ha institucionalizado en la mitad de los tribunales del país, incluido el Distrito Federal, donde, desde septiembre de 2003, ha sido incorporada como vía alternativa a la jurisdiccional en el servicio de administración de justicia.

Consideramos que el conocimiento de esta nueva vía de solución de conflictos, por parte de los estudiantes de derecho y futuros abogados del país,

es indispensable, ya que los resultados que ha mostrado en el ámbito nacional la colocan como una manera más humana, integral, comprometida y satisfactoria de resolver los conflictos familiares, por lo que este capítulo se centrará en exponer, de manera somera, un panorama de la mediación en general y de la mediación familiar en particular, en forma sencilla y accesible.

4.2. El Derecho que tienen las partes a ser oídos en la mediación.

Una de las realidades que vive el ser humano en sociedad y que forma parte de su vida cotidiana es el conflicto. Constantemente los intereses, las opiniones, los valores, el poder, las ideas, las necesidades de los seres humanos se encuentran en oposición en los diversos ámbitos de su mundo de relaciones, entre vecinos, compañeros, parientes, parejas, que llevan a éstos a adoptar posiciones objetiva y subjetivamente antagónicas respecto de sus relaciones y de sus bienes materiales o virtuales, conduciéndolos a enfrentar diversos tipos de controversias; de ahí que la humanidad siempre haya tenido la necesidad de concebir y construir estructuras para resolverlas. Estas estructuras, con el transcurso del tiempo, se han renovado con la creación de diversos modelos que ha permitido tanto armonizar los intereses opuestos como resolver las confrontaciones emanadas de ellos.

Así, la humanidad partió de la justicia por propia mano (autodefensa), con la primitiva “ley del talión” (venganza individual); posteriormente, y también desde tiempos remotos, desarrolló la conciliación entre los individuos y la amigable composición. Mucho tiempo después, como un gran avance, construyó el sistema judicial, mediante el cual el Estado asumió la

responsabilidad de dirimir las controversias a través de los tribunales, los jueces, el juicio, la ley y la sentencia. En siglos pasados, ante el avance y el auge de comercio, rescató y adecuó el arbitraje. En la actualidad, sobre todo en la segunda mitad del siglo pasado, frente a la insuficiencia y el desgaste del sistema judicial, surge un fuerte movimiento encaminado a encontrar otras estructuras de solución de conflictos como alternativas a las vías judicial y arbitral, de entre las que destaca la mediación.

La práctica de la mediación se ha llevado a cabo desde hace mucho tiempo. En América, durante el siglo XVIII, la encontramos entre los puritanos en la colonia de Nueva Amsterdam. Sin embargo, es a partir de la década de los años de 1960, que tuvo lugar un importante resurgimiento de ésta en Estados Unidos. Posteriormente, se ha desarrollado en países como Francia, Canadá, Italia, España, Argentina, Costa Rica, entre otros. No fue sino hasta la década de los años de 1990, que aparecieron los primeros intentos formales para establecerla en México como método alternativo de solución de conflictos.

Es cierto que la mediación, como algunas otras de estas metodologías, no es algo nuevo. Lo novedoso en ella es el modo en que se le adaptaron, de conformidad con las necesidades de nuestro tiempo, distintos medios científicos, técnicos y jurídicos para que tuviera eficacia legal.

Muchos de estos métodos, entre ellos el de la mediación, encuentran su soporte jurídico en el principio de la autonomía de la voluntad privada, es decir, en la facultad que la ley reconoce a los individuos para regular a través de un

acuerdo de voluntades, sus derechos a disposición; acuerdo que asume la expresión de un convenio o contrato con fuerza de ley.

Por ello, dentro de la gama de los métodos alternos, la mediación constituye una forma autocompositiva de resolver los conflictos interpersonales. En otras palabras, la mediación es una forma de solución de controversias en la que las propias personas en conflicto de intereses, por su libre voluntad, construyen un acuerdo por el que le pondrán fin al mismo.

De ahí que todo conflicto emanado de una situación de hecho o de derecho, que sea factible de resolverse por los propios involucrados, pueda anteverse, para su solución; a través de la mediación con el pleno soporte legal del principio de la autonomía de la voluntad privada.

En nuestro país, empezó a tomar forma en los últimos años un interesante movimiento dirigido a incorporar la mediación en los tribunales nacionales con la finalidad de que los gobernados cuenten con fórmulas más accesibles, rápidas, económicas y satisfactorias para la solución de sus controversias, así como para coadyuvar en el abatimiento de las cargas de trabajo de los juzgados.

El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, desde el 1 de septiembre de 2003, la ha institucionalizado, al prestar a la ciudadanía el servicio de mediación familiar, donde las partes tienen el derecho irrevocable de ser oídas en la audiencia ya que éstas son parte importante para resolver controversias, porque muchas de las veces por falta de comunicación de los

familiares alguna dificultad, sencilla, se hace extensa e irreconciliable por falta de diálogo o comunicación.

Por medio de la mediación se puede conseguir mejores prestaciones; claro está cuando las partes tienen voluntad para resolver su situación y más aún cuando son conducidos por buenos mediadores que inducen a las partes a una amigable composición.

4.3. El Derecho del niño a ser oído en la mediación.

Como sabemos, el niño, no sólo debe ser oído en la mediación, sino, en cualquier acto jurídico que afecte su normal desarrollo psico-emocional ya que de acuerdo a la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por ley 23.849, brindándole jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22, 2º párr., Const. Nac.).

Su artículo 12 dispone lo siguiente: "Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y la madurez del niño". Luego añade "con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

Por tratarse de una cláusula operativa, es de aplicación inmediata. Ahora bien, si se entra al análisis de dicha normativa, ella introduce los siguientes principios:

- a) Derecho del niño de expresar su opinión libremente.
- b) Que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio.
- c) Que el asunto lo afecte.
- d) Que se tenga en cuenta su opinión, en función de la edad y madurez.
- e) Obligación de dar oportunidad al niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.
- f) Que la posibilidad de ser escuchado sea en forma directa, por medio de un representante o de un órgano apropiado, consonancia con las normas de procedimiento de la ley local.

De lo expuesto resulta que se está en presencia de un derecho para el niño y de un deber para el juez o el órgano administrativo que decida o trate algo que lo afecté.

Pero esa intervención personal del niño no es necesaria ni discriminada. La convención, con buen criterio, alude al caso del niño “que esté en condiciones de formarse un juicio propio”. De allí que la autoridad pertinente es quien, en definitiva evaluará si se reúne este recaudo. Es evidente que en el caso de niños pequeños, ellos no estarán en esas condiciones.

En cambio, tratándose de niños cercanos a la pubertad, debe presumirse que lo estarán. Pero en definitiva, se trata ésta de una cuestión librada a la apreciación de la autoridad de aplicación, para lo cual tendrá en cuenta la directiva legal y la amplitud de criterio con que habrá de actuar. Pero en particular evaluará la incidencia emocional que pudiera cansar al niño la entrevista y si ella es susceptible de causarle daño psíquico. De allí la prudencia que debe presidir tanto la convocatoria del menor, como su posible interrogatorio.

Desde otro ángulo será preciso analizar con sumo cuidado la opinión del niño. Obsérvese que la norma apunta al niño que “este en condiciones de formarse un juicio propio”. Y es precisamente en los conflictos de los padres que pueden afectar a los hijos cuando aquéllos pretenden manipularlos, en razón de que son permeables a esa situación.

De cualquier manera, a la hora de evaluar esa opinión del niño, como dice la Convención, ello tendrá lugar “en función de la edad y la madurez del niño”.

Se trata, pues, de atender a la opinión expresada libremente, es decir, sin influencias ni presiones. Ella tiene que responder al real querer y sentir del menor. Y el juez o la autoridad administrativa la tendrán en cuenta, al valorar la edad y la madurez del niño. Aunque muchas veces ambas marchan parejas, es decir a mayor edad mayor madurez, en ocasiones ello no sucede. Por tal razón resulta acertada la fórmula flexible que contiene la Convención.

Por último, resta señalar que la Convención en examen también establece la posibilidad de que el niño sea escuchado “ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”. Ello significa que la expresión del niño puede ser en forma directa o indirecta, a través de un representante. Es evidente que en el caso de conflicto de sus padres, puede haber conflicto de intereses, por lo que si no se decide la presencia personal del niño será el Asesor de Menores quien represente de mejor manera sus intereses.

Porque, en caso de divorcio, ¿a dónde van los hijos producto de este acto? Cuando los padres han decidido divorciarse, de común acuerdo o invocar alguna causa, que trae como consecuencia la sanción de disolver el vínculo matrimonial, las víctimas inocentes, de esa decisión, son siempre los hijos. El combate entre la madre y el padre, aún en el divorcio por mutuo consentimiento, encubren las verdaderas razones del rompimiento, sacrifican a sus hijos, sin importar el futuro o el destino de estos. La lucha librada entre los cónyuges, por razones personales, egoístas y de su propio sentir, atropella a los hijos, quienes no son considerados ni por ellos, por los Jueces, por los abogados y mucho menos, por las disposiciones de Derecho Familiar que se encuentran en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, que datan del siglo pasado (1804), cuando a los diferentes legisladores se les ocurrió empezar a copiar el Código Civil de los franceses, más conocido como Código Napoleón.

Los menores, víctimas del divorcio, ahora lo son también del Juez Familiar, quien tiene de acuerdo a las reformas de 1984, un poder omnímodo, para determinar a quien corresponde la guarda y custodia de los hijos, y también, a su libre arbitrio la patria potestad. En este último caso, si el Juez así lo decide, el padre o la madre pueden verse privados de volver a convivir con sus hijos por el tiempo que les falte para llegar a la mayoría de edad.

Al surgir el conflicto entre padre y madre, ellos piensan que sus hijos son “cosas” y empiezan a tratarlos como tales para golpear al otro, como respuesta a las agresiones justificadas o no que la madre o el padre, según sea el caso, han recibido. Las víctimas inocentes son los hijos, que no son “cosas”, sino seres pensantes, a quienes se debe respetar y a quienes debe darse el trato de seres humanos.

El momento más dramático para quienes no han pedido venir al mundo, se da cuando hay que determinar su futuro. Es decir, se inicia el trauma para los hijos. La lesión moral y psicológica que se les da, será de por vida, sobre todo, al considerar que la ley es absurda y obsoleta y que ha servido sólo para que los cónyuges dirijan sus egoísmos, sus diferencias, sus complejos personales y basados en esa ley, que no protege a los menores, se les da la posibilidad a los padres, en connivencia entre jueces y litigantes, de echar a perder la vida de criaturas que de ese momento en adelante, llevarán en su familia desunida, un bagage de infortunios y desgracias: porque debemos considerar que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial, pero no la familia, porque el padre lo es de sus hijos, e incluso, si son menores, deben proveer a

su sustento y educación, hipótesis que también deben repetirse matrimonio entre los parientes de ella con el esposo y viceversa; en una palabra, la familia deshecha, desunida, traumatizada, aún existe.

Los hijos del divorcio, son los testigos mudos de la destrucción y humillación de sus propios padres y en consecuencia de ellos y del ambiente familiar. Los hijos del divorcio deben aguantar en silencio, los tormentos y los dramas, que surgen como consecuencia de los insultos vertidos entre padre y madre, ante los cuales, los niños y en algunos casos, los adolescentes o los hijos adultos, tienen que aguantar en silencio ante la prepotencia del padre o la madre, que por egoísmo, han llevado a sus hijos a la orilla del precipicio.

Quién puede dudar que los hijos del divorcio tienen miedo y angustia de lo que hacen sus padres, en el supuesto de que la agresividad sea el común denominador, pero qué ocurre cuando los hijos del divorcio, lo son como consecuencia no del insulto soez, sino de la indiferencia y de la frialdad que no norma de vida se impone entre los cónyuges. Se puede afirmar que la muerte espiritual de los hijos del divorcio, empieza cuando los padres han decidido disolver su matrimonio, al surgir en ese momento la verdadera cara de la familia, dramática y llena de problemas, sin que ni los hacedores de la ley, litigantes o administradores de la justicia familiar, hayan hecho o hagan algo, por salvaguardar a la familia.

Por otro lado, también se debe reflexionar sobre los hijos del divorcio, al nivel de su clase social; es decir, el drama, es el drama. El trauma se da entre pobres y ricos, porque la familia es una y las consecuencias serán tan graves

entre los pobres, como entre los ricos. No pueden afirmarse que los hijos del divorcio vivan mejor cuando tiene dinero que cuando carecen de él. La familia como unidad, debe mantenerse, sea cual fuere su extracto social; por ello, los hijos del divorcio de pobres o ricos, padecen traumas semejantes, como nos lo ha demostrado la realidad social.

La respuesta a problemática tan aguda, se encuentra en la promulgación de un Código Familiar para el Distrito Federal donde se reglamente de manera efectiva la mediación así como todos los derechos jurídicos y procesales de los menores y una vez que dicho código se adecue a la realidad social mexicana, dé respuestas que protejan efectivamente a la familia y sobre todo a los hijos, en el caso de divorcio, que hasta la fecha, quedan al arbitrio de padres sin escrúpulos, de jueces sin conciencia y de litigantes ambiciosos, que unos y otros, sólo han pretendido satisfacer sus intereses personales, políticos, o de dinero.

4.4. Procedimientos para la resolución de los conflictos.

De lo expuesto en la tesis, se deriva que la mediación desde su perspectiva instrumental, como resultado de su aplicación, en sus aspectos más generales, se caracteriza como un procedimiento:

- Autocompositivo, pues excluye la solución impuesta.
- Voluntario, puesto que es indispensable la libre voluntad de las personas en conflicto para que tenga lugar, esto es, a nadie puede obligársele o presionársele para mediar.

- Alternativo, ya que constituye una opción frente a otros procedimientos para la resolución de controversias, pues privilegia la libre elección por parte de las personas en conflicto.
- Cooperativo, debido a que facilita la negociación equitativa entre las personas en conflicto, a efecto de que ambas construyan una solución satisfactoria para las dos.
- Estructurado, pues prevé la negociación a partir de una serie de principios, etapas, sesiones y reglas, que se adecuan a las necesidades y disposiciones del caso concreto.
- De comunicación, en virtud de que lo que se propone es el diálogo, para lo cual se desarrolla a través de la aplicación de una serie de técnicas conversacionales que permiten dialogar adecuadamente y el buen manejo de la información.
- Protagonístico, ya que reconoce a los mediados como los agentes activos de las acciones, narraciones, discusiones y opciones, capaces de tomar decisiones y ser responsables de sus consecuencias.
- Satisfactorio, puesto que las partes construyen equilibradamente, por sí mismas, la solución a su controversia, con lo que ambas ganan.
- No vinculante, pues por ser de carácter voluntario las partes no están obligadas a resolver su conflicto, más en el caso de llegar a su acuerdo para solucionarlo, sólo asumen el compromiso personal y social de cumplirlo.
- En el que interviene un tercero neutral, al asistir a las personas en conflicto.

- De aprendizaje, va que los mediados adquieren la capacidad de solucionar no sólo los conflictos precedentes, sino también los que puedan tener en el futuro.
- Preventivo, puesto que las personas que han experimentado la mediación son capaces de visualizar conflictos que se pueden presentar en un futuro y utilizar las herramientas aprendidas para prevenirlos.
- Que permite la continuidad de las relaciones en forma pacífica, pues llegar a un acuerdo satisfactorio para las partes reduce la posibilidad de futuros litigios.

La mediación, como estructura para la solución de conflictos, implica una figura dinámica compuesta de varios elementos que le son propios, los cuales la distinguen de otras estructuras que persiguen la misma finalidad. Éstos son:

- I. El procedimiento.
- II. El mediador.
- III. Los mediados.
- IV. El acuerdo.

Como forma de actuar y ejecutar la mediación para atender y solucionar el conflicto, puede decirse que tiene un estilo propio, menos formal que el de otras vías, como el arbitraje y la jurisdicción, toda vez que es muy flexible. No obstante ello, su desarrollo está sujeto a reglas que le proporcionan uniformidad y organización, las cuales se sustentan en los principios que fundamentan la mediación y rigen el procedimiento (éstos son tratados más adelante).

El procedimiento de la mediación se compone de varias etapas en las que los participantes hablan, se escuchan, aportan opciones de solución y elaboran acuerdos, que construyen soluciones propias que les son satisfactorias.

Las etapas típicas del procedimiento son:

- Etapa de apertura. En ésta el tercero neutral sostiene un diálogo inicial con las personas en conflicto: explica en qué consiste la mediación; contesta preguntas; se establecen las reglas que se seguirán en las sesiones, se acuerdan los horarios, fechas y duración de las mismas; las personas manifiestan su libre voluntad para someterse al procedimiento; se firma el convenio de confidencialidad entre las partes y el tercero neutral que les auxiliará; se generan los compromisos y se tratan las cuestiones preliminares del caso.
- Etapa de relato de los antecedentes y posiciones de las partes. Esta etapa se apoya, en gran medida, en el protagonismo y coprotagonismo de las partes; tiene lugar la narración individual del conflicto ofrecida por cada una de ellas; así como la discusión conjunta de los puntos por tratar; la integración de la agenda (esto es, la ordenación de los temas que las personas en conflicto desean abordar durante el procedimiento lo que sin duda resulta necesario a efecto de que les queden claros los problemas que habrán de enfrentar, lo que, en la mayoría de los casos, cuando existe carga

emocional, no les permite ver y, por supuesto, ordenar); se identifican las posiciones de las partes; se delimita el problema; el tercero neutral emplea técnicas conversacionales adecuadas para la explotación de cuestiones; se desarrolla el plan para tratar los puntos en disputa; se identifican los intereses, las necesidades y las responsabilidades por atender y satisfacer.

- Etapa de negociación y generación de opciones. En esta etapa el tercero neutral organiza y conduce la discusión de puntos por resolver al aplicar su bagaje de técnicas de comunicación, con lo que asiste a las partes para una interacción dialógica en la negociación para explorar todas las posibilidades de avenimiento, apoyándose en la creatividad de las mismas para la elaboración de alternativas, al equilibrar el ejercicio del poder. Cuantas más opciones de solución aporten las partes, habrá mayores posibilidades de encontrar la solución (o soluciones) más satisfactoria (s) para ambas.
- Etapa de cierre o de solución del conflicto. En esta etapa tiene lugar tanto la formulación de las propuestas definitivas de solución (qué hará una y otra parte) como la construcción del o de los acuerdos, para lo cual éstos se consensuarán y se formalizarán y, de ser el caso, se establecerán los lineamientos legales del convenio final. Asimismo, se destruirá toda la información que durante las etapas del procedimiento se haya generado por el tercero neutral y por las partes.

Cada una de estas etapas del procedimiento se lleva a cabo en dos tipos de sesiones:

- a) Sesiones conjuntas (grupales). Éstas se constituyen con la reunión en conjunto y simultánea entre el tercero y las partes. En ellas interactúan el día y a la hora previamente señalados para la celebración de la misma.
- b) Sesiones privadas (individuales). Éstas son audiencias en las cuales participa cada una de las partes con el tercero, pero en forma separada. Tales sesiones tiene lugar sólo cuando es necesario, y pueden llevarse a cabo en cualquier momento del procedimiento (en las sesiones de inicio, en el estadio medio o en la etapa final). Para realizarlas, el tercero neutral decide si son o no oportunas, además se requiere el acuerdo y la aceptación de las partes para su celebración.

En ambos tipos de sesiones se respetan los mismos principios y reglas de la mediación.

En este procedimiento se pueden cubrir las cuatro etapas señaladas y cuando esto haya ocurrido se puede concluir. También puede terminar en cualquiera de ellas por decisión del tercero neutral, si a su juicio ya no se justifica su continuación. Igualmente puede finalizar por voluntad de las partes. Además, durante el desarrollo del procedimiento se pueden hacer modificaciones sobre las etapas o sobre las reglas, de manera que se ajusten

mejor a cada caso. Por ejemplo, se pueden obviar pasos, convenir la forma y orden de desarrollarlos e incluso, avanzar y retroceder.

Al lado de las formas arbitral y jurisdiccional, el procedimiento de la mediación ha demostrado ser mucho más rápido. Con todo, su rapidez no implica falta de eficacia, falta de competencia o de méritos del tercero neutral o que la solución a la que se haya llegado sea débil. Su rapidez se debe no sólo a la participación directa de los protagonistas del conflicto como actores principales del procedimiento, lo que permite que se tomen decisiones cara a cara, sino también a interés de las propias partes por superar el conflicto y resolver su controversia.

- Etapa de remediación. Esta etapa es posterior al procedimiento de mediación. Sólo tiene lugar cuando el cumplimiento de acuerdo no se produce o se produce parcialmente, lo que puede provocar el renacimiento total o parcial del conflicto. En estos casos, la mediación se retrotrae con el fin de remediar la situación, esto es, las partes regresan a otra mediación, con todas sus peculiaridades, a fin tanto de revisar las condiciones que han llevado al no cumplimiento de lo acordado como de hacer viable el acuerdo no cumplido o modificarlo ante las situaciones supervenientes que han determinado el incumplimiento de sus términos.

4.5. La psicología como auxiliar determinante en la mediación.

Al lado de la mediación familiar que se quiere poner en marcha esencialmente a la sombra de los tribunales y de los ayuntamientos, bajo una

cierta tutela de la justicia y del Estado, tenemos, en el otro extremo, la mediación familiar que se quiere inscribir en el seño del mundo de los psicólogos. Algunos, por otra parte, quieren acapararlo todo y ponerse a la vez bajo la protección del juez y del consejero conyugal; que se presenta como psicólogo, consejero conyugal y terapeuta de la pareja, al hacer de este conjunto de títulos la base de su estatus de mediador familiar, y que define la mediación familiar como una preparación para la ruptura: La consulta conyugal, añade, tiene por fin l ayuda a personas o parejas que sufren dificultades de relación conyugal o que viven ya en una situación de crisis. Aquí, el mediador familiar es asimilado, pura y simplemente, a un psicoanalista. Ahora bien, un mediador familiar que se respete, si bien debe hacer gala de cierta psicología e inteligencia, no debe actuar como psicólogo propiamente dicho; si percibe que aquellos o aquellas que se dirigen a él necesitan los servicios de un psicólogo profesional, no debe reemplazarle cuando se hace cualquier chapuza psicológica, sino que más bien debe enviarles a alguien competente en esa materia. Lo que deja claro que el mediador no tiene que inmiscuirse en los misterios del arte psicológico; el mediador y el psicólogo tiene dos funciones distintas.

Es muy tentador para un psicólogo pensar que, por su formación, es, por naturaleza, mediador familiar. Es cierto que esta formación le puede ayudar a ser un buen mediador; pero puede también, y más bien será así, que le lleve a desnaturalizar la mediación, hacer de ésta, que debe permanecer en un terreno externo, una investigación y un seguimiento psicológicos. En el campo de la mediación familiar, lo esencial es poder establecer serenamente el conjunto de

la situación familiar: los confines de todas las relaciones que se dan ¡también los árboles genealógicos!, los múltiples datos que contribuyen al buen funcionamiento o al disfuncionamiento de tal familia... es perjudicial reducir la mediación familiar a unos cara a cara más o menos yuxtapuestos, a entrevista únicamente psicológicas, lo que puede provocar regresiones infantiles en esta familia, cerrarla sobre ella misma, en lugar de abrirla hacia fuera y hacia lo que la rodea, que es la regla de oro de la mediación familiar.

El mediador deberá centrar gran parte de su actividad en mantener la conducción del proceso, sin convertirse en Juez del caso. En la mediación familiar, más que en ningún otro tipo de mediación, las partes intentan convencer al neutral de que cada una tiene razón y que su contraparte es la equivocada. Incluso, al estar involucrados sentimientos y emociones, existe la natural inclinación a tomar partido por la mayor o menor razón que pudieron tener las partes en conflicto.

Por ello, el mediador deberá estar alerta y separar su opinión personal sobre el problema del rol que asume en el caso. Él no es Juez ni parte. Su función es intentar que las partes busquen soluciones equilibradas y las encuentren ellas mismas, con su valiosa colaboración.

Pero si existe la inclinación natural del mediador a juzgar sobre la justicia del caso, también las partes suelen verlo en el papel de Juez. En tal caso, debe dejar bien en claro su rol: el mediador no es Juez ni puede aliarse con ninguna de las partes.

Bien señala Haynes, que el mediador ayuda a los clientes a aceptarlo como alguien que:

- Está comprometido con la negociación, no con persona alguna;
- Es equilibrado respecto de las personas participantes;
- Controla el proceso mientras pueda gestionar los contenidos traídos al mismo por los clientes;
- No acepta definiciones unilaterales del problema;
- Les ayuda a desarrollar opciones para resolver, y
- No guarda secretos para con ninguno de los intervinientes.

Es preciso también separar el rol de mediador del de abogado o del de terapeuta.

Las partes, muchas veces por desconocimiento de la mediación, no tienen en claro el rol del mediador, por lo que tienden a confundirlo, al menos en parte, con el de consultor jurídico o con el de un terapeuta.

En cuanto al abogado, se torna difícil separar ambas situaciones, máxime cuando sucede en nuestro medio, el mediador debe ostentar este título. Si bien aún no se sancionó la ley de mediación familiar, los distintos proyectos incluyen al abogado como mediador, aunque contemplan la co-mediación con profesionales psicólogos y de otras especializaciones.

Pero su función no es asesorar a las partes, ni brindarles orientaciones jurídicas sobre el caso traído a mediación, salvo, claro está, supuestos particulares en que las negociaciones se encuentren trabadas o existan flacos conceptos acerca del Derecho vigente, la interpretación de los jueces u otros datos objetivos. En estos casos el mediador se limitará a informar a las partes sobre los aspectos puntuales que se vinculen a las negociaciones.

Las partes se sienten inclinadas a efectuar preguntas de tipo legal al mediador. Este último deberá dejar en claro su función, para evitar que se desdibuje su imagen y termine convirtiéndose en consejero legal.

Parecida situación suele darse en el campo terapéutico. Si como está proyectado, se incluye en la futura ley la figura de los co-mediadores especialistas en psicología, etc., éstos habrán de evitar convertirse en terapeutas de las partes. Su función será la de colaborar en el esclarecimiento de los intereses subyacentes de las partes, para la búsqueda de soluciones negociadas.

Ellos deberán reconocer la dolorosa situación que las partes viven y ayudarlas a que, a pesar de ello, busquen un acuerdo. Pero no ayudarán a una u otra parte a elaborar su divorcio. Y si advierten que alguna de ellas está bloqueada e impedida de negociar desde la óptica de los intereses, sí podrá derivarla a un terapeuta. Es que el rol del co-mediador en este caso no será el de un médico o un terapeuta. Será, simplemente, la de co-mediador.

Se ha señalado que si la cuestión es dilucidar si el matrimonio está acabado o no, las partes deberían ser derivados a un terapeuta familiar. Una vez que la decisión de divorciarse ha sido tomada por los dos cónyuges, la disputa a ser mediada es cómo instrumentar esa decisión y no si llevarla a cabo. Si uno de los esposos lleva al otro a la mediación bajo la excusa de ir a trabajar sobre sus problemas matrimoniales, frente a la explicación del mediador acerca del alcance de sus funciones, la pareja debería decidir si quiere trabajar sobre su matrimonio o sobre su separación. Si eligen lo primero, son derivados a una terapia familiar. Si eligen lo segundo, se quedan en la mediación.

4.6. Operancia de la mediación en nuestro derecho, ventajas y desventajas.

En los últimos años, la mediación ha provocado uno de los movimientos legales y jurídicos de mayor importancia, al incorporarse como mecanismo de solución de conflictos de la más diversa naturaleza, los cuales emanan de todas las formas de relación de la vida social.

La aplicación de la mediación, como método alternativo de solución de conflictos, tiene lugar en dos grandes ámbitos:

- a) El ámbito privado.
- b) El ámbito público.

La mediación constituye un servicio particular que puede o no costar a las personas en conflicto. Por lo común se ofrece en organismos de tipo empresarial, como los centros administradores de dicho servicio, cuyo pago está determinado por un arancel. También es ofrecido por sociedades o asociaciones civiles, así como por otras instituciones, entre ellas clínicas, escuelas, institutos o, inclusive, por profesionistas privados en consultorios o despachos. La mediación privada puede ser proporcionada igualmente en forma gratuita por instituciones de la más diversa naturaleza, de entre las que destacan organizaciones no gubernamentales (ONG), iglesias, colegios, entre otras.

En general, este ámbito es el de la iniciativa privada, donde el mediador o institución que realiza esta actividad es un profesional independiente que puede prestar sus servicios de manera remunerada o no para solucionar todo tipo de conflictos, sea cual fuere su naturaleza.

La mediación tiene lugar también en el ámbito de la administración pública o sea de las instituciones del Estado (dependencias de los diversos órganos de gobierno, tales como procuradurías de justicia, universidades, las secretarías, los tribunales, entre otros), en las que se emplea como alternativa de justicia. En nuestro país, la mediación pública se ha limitado mayormente a la resolución de conflictos de naturaleza jurídica dentro de las sedes judiciales (tribunales) de conformidad con la competencia de los mismos (civil, mercantil, comercial, administrativa, agraria, familiar, penal).

Esta mediación es gratuita, pues es un servicio que ofrece el Estado a la ciudadanía. Además, los organismos en los que se administra son dependencias que forman parte de la estructura orgánica de la institución que los instala y desarrolla. En este caso, el mediador es un servidor público (sea municipal, estatal o federal).

Con la mediación pública, el Estado se propone que todos los gobernados tengan acceso a la justicia, principalmente quienes carecen de posibilidades para ingresar a la justicia ordinaria por razones tales como costos, desconocimiento de sus derechos y del derecho, de la tramitología de los procedimientos y de su duración. Asimismo, con la mediación pública el Estado procura descongestionar el sistema de justicia y que la ciudadanía, además de resolver sus conflictos en forma pacífica, aprenda, en adelante, a resolverlos a través del diálogo y la negociación. Los alcances de la mediación en este ámbito se encuentran previstos y limitados por instrumentos legales (leyes, reglamentos, acuerdos).

En el ámbito público, la mediación ha encontrado su espacio natural en las sedes judiciales, es decir, en los tribunales y lo ha hecho como medio alternativo para que las personas obtengan justicia al coexistir con la vía jurisdiccional y se ha constituido como un mecanismo más que ofrece el Estado a la sociedad para que las personas resuelvan sus conflictos, mas no para impartir justicia. En la actualidad, en 15 tribunales superiores de justicia del país se ha incorporado la mediación al servicio de la administración de justicia (Aguascalientes, Baja California Sur, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Estado

de México, Guanajuato, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sonora y Tabasco). Ahora bien, cuando la mediación se lleva a cabo en el ámbito tribunalicio, como vía opcional para conocer de los conflictos que a tal ámbito ingresan, se aplica en las sedes judiciales; dadas las peculiaridades que adopta y la problemática particular que enfrenta, se le denomina mediación judicial.

Por lo tanto, se conoce como mediación judicial a la instalación oficial de la mediación pura dentro del sistema jurisdiccional; como respuesta estatal que constituye una alternativa opcional o complementaria del proceso judicial ordinario, además de transformadora del propio sistema de administración de justicia.

Por ello, la mediación judicial es la forma que adopta la mediación cuando se coloca en medio de dos procesos: en el de la mediación pura y en el del proceso judicial tradicional, abriéndose el campo de esta mediación. La atención de los conflictos en este nuevo ámbito no es indiscriminada, ya que, a diferencia del ámbito privado, en el que la mediación puede resolver cualquier tipo de conflictos, en la mediación judicial se atienden por lo común los conflictos propios de la competencia del órgano jurídico administrativo que conocerá de los mismos, como es el caso del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal los asuntos por atender a través de la mediación judicial sean del orden civil, mercantil, penal y familiar. Esto ha dado lugar al desarrollo y administración de sistemas de mediación más específicos, entre ellos, el de la mediación civil, la mediación comercial, la mediación familiar y la mediación

penal, con sus características distintivas, pues no es igual un conflicto familiar, que se origina en las relaciones de pareja y del parentesco, con toda la carga sentimental y emocional que ello implica, donde lo que priva es el restablecimiento de la interacción funcional entre los miembros de la familia, que es un conflicto civil derivado, por ejemplo, del incumplimiento de alguna obligación emanada de un contrato de tipo patrimonial, donde lo que priva en forma preponderante es el interés material de las partes.

Es importante destacar que la mediación judicial no cambia la esencia de la mediación pura, pero sí adopta peculiaridades, actores y problemas propios que la caracterizan y la diferencian de otras, como de la mediación comunitaria o de la educativa.

Las ventajas que seguramente presentará la mediación así estructurada radican en que muchas veces las partes no abrirán las puertas de su casa al Juez. Es que si fuera el Juez quien en definitiva resuelve los conflictos que se suscitan dentro de la familia, resultará en exceso dificultoso lograr que las partes involucradas en un conflicto, revelen sus propias falencias, errores y culpas, puesto que ese proceder, muy seguramente, el día de mañana podrá ser tenido en cuenta, aunque más no sea al momento de la decisión.

También es necesario puntualizar que el Juez, por sí mismo, no tiene la formación adecuada para penetrar dentro del mundo de una familia. Cada familia tiene su historia, sus códigos propios de conducta; su lenguaje simbólico, e incluso sus secretos.

Ello no significa que un Juez debidamente entrenado y sensible no pueda hacerlo. Pero diversas circunstancias conspiran en contra. El cúmulo de problemas que lo agobian, la necesidad de un seguimiento personalizado para cada problema, la falta de tiempo. Y lo que es más importante, el hecho de que él será quien el día de mañana decida el conflicto.

Por ello los jueces suelen recurrir a la colaboración de equipos interdisciplinarios que trabajan con él, con el fin de suplir esas falencias. Pero aun así, tales equipos serán, frente a las partes, el enlace entre el Juez y ellas.

La mediación, en cambio, permitirá que el mediador con la colaboración de un co-mediador especializado (sea en psicología, sociología, etc.), realice su trabajo en forma confidencial, sin tener que rendir cuentas a un Juez.

Ello habrá de permitir que las partes se expresen con mayor fluidez; que tomen a la mediación con la predisposición de quien acude a un médico para que lo alivie de sus males. Con la ventaja de que el mediador será un abogado y el co-mediador, de ser necesario, un especialista en el área de conflicto.

Las ventajas de la mediación, entre otras, pueden resumirse del siguiente modo, con relación a la solución judicial:

- a) Amplitud de la solución. El litigio familiar excede aspectos puramente legales. El mismo incluye cuestiones que entran dentro del terreno

psicológico, emocional, etc. Hay vínculos afectivos fuertemente involucrados en la disputa que impulsan a las partes a actuar sin el equilibrio suficiente como para construir una solución de futuro, lo menos perjudicial posible. Muchos de estos aspectos no es posible desentrañarlos dentro de una solución exclusivamente jurídica. En cambio, a través de la mediación las partes podrán construir una solución a medida, que exceda, incluso, de los aspectos meramente legales.

- b) Mantenimiento de relaciones futuras. Al tratarse la mediación de un sistema no adversarial facilita el mantenimiento de las relaciones futuras, situación ésta de suma importancia en los conflictos de familia. La estructura propia del proceso judicial, en cambio, impone un mecanismo de ataque-contraataque. El sistema sobre el que se apoya consiste en convencer al Juez de que el otro contendiente es el culpable y uno es inocente. La mejor defensa se identifica con el más descarnado ataque. Los resentimiento, rencores y enojos se realimentan. Y si el Juez falla a favor de una de las partes, la otra seguramente tendrá la sensación de insatisfacción, que la impulsará promover, al poco tiempo, nuevos planteos e incidentes, que eternizarán la disputa. El Juez decidirá cuestiones, pero no solucionará el conflicto.

Por lo demás, cuando, como en el caso de los conflictos de familia, existe una historia de vida común, sentimientos y afectos de por medio, el referido sistema se convierte en un bumerán puesto que, lanzado contra la otra

parte, se puede volver contra quien pone en movimiento el mecanismo judicial. Todos sabemos que en los juicios de familia, en los que las partes deben convencer al Juez de sus respectivas posiciones, se ventilan situaciones y hechos que producen heridas, a veces incurables. Y ello se agrava cuando, en el afán del triunfo, se desdibuja la verdad y se dicen y hacen cosas irreparables.

Bien ha dicho Haynes que la naturaleza del sistema judicial requiere que los participantes se transformen en adversarios. Sin embargo, no siempre las personas en conflicto son adversarios, e incluso si lo son, no tienen por qué serlo para siempre.

- c) El principio de confidencialidad que caracteriza a la mediación importa un resguardo de la privacidad de las partes. Y tratándose de conflictos familiares, la generalidad de las personas prefieren que sus problemas no trasciendan a terceros. En el caso de la mediación, se respetará en mayor medida esa privacidad, puesto que el conflicto únicamente habrá de trascender al mediador y, en su caso, a los asesores jurídicos de las partes. Pero nada de lo que suceda quedará registrado en los papeles, salvo, claro está, el acuerdo, en caso de ser logrado. Esa circunstancia crea un clima de mayor compromiso de las partes y evita los roces y agresiones que suelen provocar los escritos judiciales.
- d) Principio de celeridad. La mediación respeta en mayor medida el principio de celeridad. Este aspecto, igual que el anterior, ya lo

hemos analizado. Pero es necesario volver sobre él en el caso de la mediación familiar, puesto que en los conflictos de familia el tiempo es un factor que socava y desgasta a sus integrantes. Es sumamente positivo una pronta solución a los aspectos conflictivos, puesto que ello evitará que se profundicen las diferencias, sufrimientos y, en definitiva, que las partes causen daño a sí mismas y a los hijos menores, que también están involucrados.

- e) Resultados permanentes. Los acuerdos logrados por las partes mismas, al responder a sus convicciones y al código de familia, producen resultados más permanentes. Y en este caso asume especial relevancia el tema, si se advierte que ellas atraviesan una situación de crisis, que deben enfrentar en el momento más vulnerable de sus vidas, por lo que es preciso evitar que se ahonden las diferencias. Pero tampoco se puede dejar de enfrentarlas, eludiéndolas, puesto que la ruptura torna necesaria la solución de diversas situaciones vinculadas a las mismas partes, a los hijos, e incluso a los bienes.
- f) Economía en dinero. Aquí también es bueno reiterar el menor costo que involucra la solución acordada. Ese menor costo no sólo abarca el aspecto emocional, sino también el económico. Los largos pleitos que se suscitan frente a la ruptura de una familia imponen enormes costos dinerarios, no sólo en abogados, sino también en asistentes sociales, psiquiatras, psicólogos, etc., lo cual, tiene rápida incidencia en el bolsillo de las partes y en el nivel de vida de la familia que, por lo demás, frente a la ruptura, ya se vio mermado.

Dentro de las desventajas de la mediación, podemos señalar como única que ésta, cuando no se atiende o regula adecuadamente, sea una solución a medias y poco exigible y coercible, por ello, en nuestro derecho, deben buscarse los medios legales propicios para su solución y se imparta una justicia equitativa.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Para que haya mediación o arreglo; desde la antigüedad, fue necesario que exista el conflicto o controversia ya que ésta nace con el hombre mismo al abandonar el seno materno.

SEGUNDA. De manera general, la mediación constituye una de las mejores formas que tiene el ser humano de manejar y resolver todas aquellas situaciones de crisis que dificultan su vida de relación para contribuir a solución los conflictos en forma pacífica.

TERCERA. Para nosotros, la mediación familiar es la forma autocompositiva para resolver las controversias que surgen de los conflictos de intereses de las parejas conyugales o concubinos y sus descendientes, así como los que se generan del vínculo de parentesco.

CUARTA. La mediación familiar forma ya parte del Derecho Positivo nacional institucionalizándose en la mitad de los tribunales del país incluido el Distrito Federal a partir de septiembre del 2003 como vía alternativa a la jurisdiccional en el servicio de Administración de Justicia.

QUINTA. Con esta forma de solucionar conflictos se debe conocer y difundir a todos los interesados, estudiantes de derecho, abogados y Licenciados en Derecho, pero sobre todo a las partes que puedan recurrir a esta forma alternativa

de resolver controversias ya que los resultados existentes hasta ahora, han demostrado que es una forma más humana, integral, comprometida y satisfactoria de resolver los conflictos familiares.

SEXTA. En la mediación, son las propias personas en conflicto las que aportan la solución al mismo; porque lo resuelva como en el caso de la jurisdicción en la que un Juez es quien resuelve.

SÉPTIMA. El procedimiento de la mediación se compone de varias etapas en las que los participantes hablan, se escuchan, aportan opciones de solución y elaboran acuerdos para construir soluciones propias que les beneficien.

OCTAVA. Las etapas típicas del procedimiento de mediación son cuatro; etapa de apertura, etapa de relato, etapa de negociación o generación de opciones y la etapa de cierre o de solución del conflicto. Cada una de estas etapas se lleva a cabo en dos tipos de sesiones ya sean conjuntas o grupales entre el tercero y las partes o en sesiones privadas o individuales, aquí cada una de las partes participa con el tercero en forma separada y pueden llevarse a cabo en cualquier momento del procedimiento en el inicio, en medio o en la etapa final.

NOVENA. La mediación ha demostrado más efectividad que el arbitraje y jurisdicción ya que por su rapidez no implica falta de eficacia, de competencia o de méritos del tercero neutral o que la solución a que se halla llegado sea débil, sino por el contrario, el enfrentar cara a cara a las partes y su participación directa los hace resolver mejor el conflicto.

DÉCIMA. Finalmente, consideramos que la mediación es el medio idóneo de resolver las controversias del orden familiar para las partes, cuando éstas, claro está, desean concluir adecuadamente dicho conflicto, en caso contrario, ni el litigio más efectivo, logra conciliar los intereses perseguidos.

BIBLIOGRAFÍA

ACLAND FLOYER, Andrew. ¿Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones? 5ª edición, Editorial Paidós, España, 2002.

AIELLO DE ALMEIDA, María Alba. Mediación: Formación y algunos aspectos claves. 5ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

ALCALÁ Y ZAMORA CASTILLO, Niceto. Derecho Procesal Civil. 10ª edición, Editorial Oxford, México, 2001.

ÁLVAREZ, Ana Josefina. Ayuda psicológica a la Mujer, el Niño y la Familia. 2ª edición, Editorial DIF., México, 2001.

BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylán. El Derecho de Alimentos. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard Y BUENROSTRO BAEZ, Rosalia. Derecho de Familia. Revisión Revisada y Actualizado, Editorial Oxford, México, 2005.

BARBOSA-MAGRIS, Gay. Mediación. 7ª edición, Editorial Córdoba, España, 2003.

BURGOS, Jorge. La Psicología y la Mediación. 2ª edición, Editorial Diana, México, 2004.

CAIVANO, Roque. Los Medios Alternativos de Resolución de Disputas. 6ª edición, Editorial Trillas, México, 2002.

CANALES PÉREZ, Adriana. El Divorcio y su Procedimiento en México. 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

CÁRDENAS, Eduardo. La Mediación en Conflictos Familiares. 2ª edición, Editorial Ángel Editor Humanitas, México, 2003.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel y HERNÁNDEZ BARROS, Julio. La Violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

DÍAZ, Luis Miguel. Moralejas para remediar y negociar. 3ª edición, Editorial Themis, México, 2002.

DUPUIS, Juan Carlos. Mediación y Conciliación. 2ª edición, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 2003.

FRANCOIS SIX, Jean. Dinámica de la Mediación. 4ª edición, Editorial Paidós, Argentina. 2002.

FUENTES, Mario. Ámbitos de Familia en México. 4ª edición, Editorial DIF., México, 2001.

GARBER, Carlos. La Mediación funciona. 3ª edición, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 2000.

GONZÁLEZ NUÑEZ, José de Jesús. Alteraciones Afectivas en la Psicología Sexual Masculina. 2ª edición, Editorial Trillas, México, 2002.

GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? 6ª edición, Editorial Promociones Jurídicas Culturales, México 2001.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón y PÉREZ-PORRÚA SUÁREZ, María. El Divorcio. Práctica Forense de Derecho Familiar. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

LASCADA, Jorge Hugo. Aspectos Prácticos en Mediación. 3ª edición, Editorial De Palma, Argentina, 2001.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T. III. 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

MESTERMAN, Silvia y GROSMAN, Cecilia. Maltrato al Menor, el lado oculto de la Escena Familiar. 4ª edición, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 2000.

PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal Civil. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. 7ª edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Aspectos Jurídicos de la Violencia contra la Mujer. 5ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

RODRÍGUEZ VILLA, Bertha Mary Y PADILLA DE TRAIMER, Ma. Teresa. Mediación en el Divorcio. 2ª edición, Editorial UNAM, México, 2003.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T.II. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

TREJO MARTÍNEZ, Adriana. Prevención de la Violencia Intrafamiliar. 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

Universidad Tecnológica de México. Derecho Civil I. 2ª edición, Editorial UNITEC, México, 2004.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 2006.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 24ª edición, Editorial Sista, México, 2006.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 30ª edición, Editorial Sista, México, 2006.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. 3ª edición, Editorial Sista, México, 2006.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. 7ª edición, Editorial Salvat, México, 2000.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. T. A-CH. 10ª edición, Editorial Porrúa-UNAM. México, 2000.

OTRAS FUENTES

Semanario Judicial de la Federación. T. XV. Vol. II. 9ª Época, Marzo-Abril, México, 2002.