



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

“LA DETERMINACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
PEDRO ASHANTI VALDÉS LÓPEZ

ASESOR:
LIC. RAFAEL MANUEL ROCHER GÓMEZ



MÉXICO, D.F., CIUDAD UNIVERSITARIA, 2014



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**OFICIO INTERNO: SEMCIV39/2014
ASUNTO: Aprobación de Tesis.**

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR, U.N.A.M.,
P R E S E N T E.**

El alumno, **VALDÉS LÓPEZ PEDRO ASHANTI**, con número de cuenta **305020749**, elaboró bajo la asesoría y responsabilidad del **Lic. Rafael Manuel Rocher Gómez**, la tesis denominada **“LA DETERMINACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR”**, y que consta de **140** fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional. Dicha autorización no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

**“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”
Cd. Universitaria, D. F. , a 9 de abril del 2014.**

Mtra. María del Carmen Montoya Pérez
Directora del Seminario, turno vespertino.



**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL**

Lic. María del Carmen Montoya Pérez
Directora del Seminario de Derecho Civil
Facultad de Derecho de la UNAM
P r e s e n t e

Estimada maestra Montoya:

De acuerdo con la autorización que se sirvió usted otorgarme para que dirigiera y revisara la tesis denominada "LA DETERMINACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR", del alumno PEDRO ASHANTI VALDÉS LÓPEZ y considerando que cumplió con los requisitos del Reglamento de Seminarios, salvo su mejor opinión, doy mi aprobación a dicho trabajo.

Aprovecho la oportunidad para enviarle un cordial saludo.

A t e n t a m e n t e

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

Cd. Universitaria, D. F. a 24 DE MARZO de 2014.



Rafael Manuel Roher Gómez.

**A la *Universidad Nacional Autónoma de México,*
la Facultad de Derecho y
la Escuela Nacional Preparatoria y
sus catedráticos por la formación
que me dieron.**

**A mis Padres
por todo su apoyo y cariño.**

Ad memoriam
Yoni Storm
(1983-2011)

LA DETERMINACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO. PATRIA POTESTAD

1. ¿Qué es la patria potestad?.....	1
2. ¿Quiénes la pueden ejercer?.....	9
3. Los efectos de la patria potestad.....	12
4. Causas de extinción, pérdida o suspensión de la patria potestad.....	19

CAPÍTULO SEGUNDO. GUARDA Y CUSTODIA

1. Definición de guarda y custodia.....	29
2. Diferencia entre patria potestad y guarda y custodia.....	39
3. Derechos y obligaciones que se desprenden de la guarda y custodia.....	41
4. Relación entre la guarda y custodia con las visitas y convivencias.....	47
5. Derechos y obligaciones que se desprenden de las visitas y convivencias.....	55

CAPÍTULO TERCERO. LA MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTO EN MATERIA FAMILIAR

1. El concepto de mediación y su clasificación.....	59
2. Principios rectores de la mediación de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.....	74
3. Etapas del procedimiento de mediación conforme a la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.....	89
4. Fortalezas y debilidades de la mediación.....	96
5. Limitaciones de la mediación: los derechos disponibles y los asuntos no mediables.....	100

CAPÍTULO CUARTO. LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO UNA ALTERNATIVA PACÍFICA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

1. ¿En qué casos se puede determinar la guarda y custodia a través del procedimiento de mediación?.....	105
2. Las ventajas y desventajas de la mediación dentro de la determinación de la guarda y custodia de los menores.....	116
3. La búsqueda de un acuerdo favorable a las necesidades del menor.....	119
4. Mediación familiar, un camino para mejorar las relaciones futuras de los mediados.....	122

CONCLUSIONES.....	129
-------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	133
-------------------	-----

INTRODUCCIÓN

La familia es una de las columnas de la sociedad; es uno de los entornos de desarrollo humano más significativos y decisivos para las personas que viven en ella; es un medio educativo insustituible en la vida y es una etapa sin la cual resulta complicado generar las bases para la convivencia social.

Representativamente se considera a la familia como el núcleo social fundamental en el que las personas nacen, crecen y se desarrollan. Se considera que su objetivo principal es el de preservar y transmitir los valores y tradiciones, fungiendo como enlace entre las generaciones.

Desde un punto de vista psicológico, la familia es un proveedor de gratificaciones afectivas básicas para el desarrollo. Sin una existencia familiar sólida es difícil que en una sociedad las personas respeten la dignidad y la libertad de los demás y que el motor de las relaciones entre las personas sea la solidaridad. Es en su familia el lugar en donde todo ser humano descubre y revalida la idea de ser único, valioso y aceptado sin condición, solamente por ser quien es.

Toda familia, como una escala a miniatura de la sociedad, establece leyes y una dinámica particular que organizan los lazos afectivos y de participación, que finalmente van regulando su propio desarrollo. Como institución, la familia desempeña un rol primordial en la transmisión de la cultura y de valores, en la perpetuación de las costumbres y tradiciones, pero sobre todo en la educación inicial de los menores.

Desde hace algunos años, las estructuras familiares han experimentado una profunda transformación: los hogares tienden a ser más pequeños, los matrimonios se han reducido, el número de divorcios se ha aumentado y nuevas conformaciones familiares han surgido como las familias monoparentales sostenidas, generalmente, por una mujer que se convierte en jefa del hogar; o familias ensambladas, en las cuales uno de los padres convive con sus hijos y su nueva pareja, que a su vez puede ser que tenga hijos, conviviendo todos juntos.

Estas nuevas estructuras de relacionarse compiten con la familia tradicional patriarcal cuestionando los dogmas que se han generado a lo largo del tiempo sobre la estabilidad emocional que produce este tipo de familia, ya que derivado de estas nuevas estructuras se han producido nuevas formas de dar intercambios afectivos que producen los mismos efectos respecto a una estabilidad emocional que en las denominadas familias tradicionales.

Ante los cambios sociales, algunas familias, tanto las consideradas tradicionales como en las nuevas estructuras, experimentan dificultades al momento de cumplir con sus responsabilidades sobre todo las relacionadas con los menores. Por lo que es importante que las personas que experimentan inconvenientes para efectuar dichas responsabilidades cuenten con algún procedimiento sencillo que les permita eliminar los obstáculos y dar un efectivo cumplimiento a sus obligaciones.

CAPÍTULO PRIMERO. PATRIA POTESTAD

1. ¿Qué es la patria potestad?

Para comprender la figura de la patria potestad es menester comenzar por sus antecedentes. La mayoría de los autores remontan el origen de la patria potestad al derecho romano, por considerarlo la fuente base escrita más remota de nuestro derecho, sin embargo, hay que tomar en cuenta que no se puede establecer claramente un antecedente de la patria potestad, porque desde antes de que se regularán las relaciones familiares, éstas ya se daban dentro de un ámbito de respeto y obediencia hacia al padre o hacia la madre, dependiendo del tipo de jerarquía a la que se encontraran sujetos las sociedades.

Eugene Petit en su Tratado elemental de derecho romano nos dice que “la *potestad paternal* le corresponde al jefe de familia y recae sobre todos los descendientes que forman parte de una familia civil”¹, es una institución que sólo se podía ejercer por un ciudadano romano sobre un hijo también considerado ciudadano. Dicha potestad confería al jefe de familia una serie de derechos absolutos y rigurosos que ejercía sobre la persona y los bienes de los hijos, pero que con el paso del tiempo, se fueron relajando las costumbres y la *potestad paternal* fue perdiendo fuerza en cuanto a su rigor.

Dentro de los derechos que recaían sobre la persona del hijo encontramos el poder del jefe de familia para dar muerte al hijo que tenía bajo su potestad, debido a que algunos abusaron de este poder, se fueron reduciendo los derechos del padre de familia hasta convertirse en un sencillo derecho de corrección sobre los hijos. El padre también podía ceder a uno de sus hijos en un momento de miseria o en señal de garantía a un tercero. El derecho romano buscó terminar con esta práctica, primero prohibiendo por completo toda enajenación de los hijos y posteriormente permitiéndola sólo en casos de extremada necesidad. Por último el jefe de familia podía dejar a sus hijos, abandonarlos a su buena suerte. En lo

¹ Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, 20a. ed., trad. de Dr. José Fernández González México, Porrúa, 2004, p. 100.

que respecta a esta situación, Constantino decidió que el hijo abandonado estuviese bajo la autoridad de quien lo recogiere, bien como a un hijo o como a un esclavo.

La patria potestad no se modificaba por el desarrollo de las facultades de los que se encontraban sometidos a ella, ya que ni por la edad ni por contraer matrimonio se les podía libertar. Pertenece al *pater familias*, aunque no siempre era el padre quien la ejercía; su autoridad desaparecía frente a la autoridad del abuelo paterno. La madre carecía de esta autoridad².

De acuerdo a Sara Bialostosky³, en el derecho romano las fuentes de la patria potestad son:

Las *iustae nuptiae*⁴. En donde los hijos nacidos después de ciento ochenta y dos días de celebrado el matrimonio legítimo caían dentro de la potestad del *pater familias*, que podía ser la del padre o la del abuelo. Los hijos que fueran concebidos fuera de las *iustae nuptiae* seguían a la madre y por lo tanto nacían *sui iuris*⁵.

La *legitimación* es la segunda fuente de la patria potestad, en donde los hijos nacidos fuera de las *iustae nuptiae* podían entrar a la patria potestad si se les legitimaba, dicha legitimación se podía hacer a través de un matrimonio subsecuente, por una *rescripto* del príncipe⁶ y por oblación a la curia, ésta última

² Ventura Silva, Sabino, *Derecho romano. Curso de derecho privado*, 19a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 121.

³ Bialostosky, Sara, *Panorama del derecho romano*, 9a. ed., México, Porrúa, 2009, pp. 57-59.

⁴ Nupcias legítimas. Es el matrimonio celebrado conforme a las reglas del Derecho civil de Roma. Cuatro eran las condiciones para que el matrimonio fuera válido: 1. La pubertad de los esposos; 2. Su consentimiento; 3. El consentimiento del jefe de familia; 4. El *connubium*, que era la aptitud legal para contraer las *iustae nuptiae*, para disfrutarla se necesitaba ser ciudadano romano y no tener algunas de las incapacidades relativas que el Derecho Romano fundaba por causas de parentesco y alianza, otras sobre motivos de moral o de conveniencia y algunas más por razones de orden político. Petit, Eugene, *op. cit.*, nota 1, pp. 103-105.

⁵ Independiente de alguna patria potestad.

⁶ El pueblo romano estaba acostumbrado a pedir la opinión del emperador en controversias jurídicas, generalmente las contestaban juriconsultos, que de manera anónima y en nombre del *princeps*, trabajaban al servicio del emperador, contestando en un documento separado o como anotación al pie de la solicitud

se presentaba cuando el padre ofrecía a su hijo para que desempeñara las funciones de *decurión*⁷. Estas formas de legitimación no se encontraban dentro del Derecho clásico, sino que fue la fuerte influencia cristiana quien las introdujo.

Otra de las fuentes de la patria potestad era la adopción. En el derecho justiniano la adopción se lograba mediante la declaración del padre natural hecha ante el magistrado, en presencia del adoptante y del adoptado⁸. De esta forma el hijo salía de la patria potestad de su padre para entrar a la de *otro pater familias*. El adoptado dejaba a su familia originaria perdiendo todos los derechos sucesorios por vía legítima; respecto de su nueva familia adquiría el nombre⁹, los derechos gentilicios y los sucesorios. A este tipo de adopción Justiniano le llamó *adoptio plena*, reconociéndola sólo en caso de que entre el adoptante y el adoptado tuvieran vínculos familiares y creó la *adoptio minus plena* para los casos en que el adoptante fuera un extraño.

Finalmente por la *adrogatio* un *pater familias* se sujeta a la *patria potestas* de otro *pater familias*; esto implicaba no sólo la desaparición de una familia, de un patrimonio, sino también de un culto teniendo, por lo tanto, implicaciones de orden público. Posteriormente, el emperador Antonio Pío permitió la adrogación de impúberes y el derecho justiniano la adrogación de mujeres, de esta forma la adrogación perdió su función original y se realizaba para crear un vínculo ficticio de parentela y así permitir tener derechos sucesorios.

que se devolvía y valían en la práctica como fuentes de derecho. Margadant S., Guillermo Floris, *El derecho privado romano: como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 26a. ed., México, Esfinge, 2002 p. 73.

⁷ Durante el Bajo Imperio, los miembros de las *curias*, o *decuriones*, estaban encargados de la recaudación de los impuestos.

⁸ A diferencia de como se formulaba en el Derecho antiguo, en donde la adopción se hacía mediante tres ventas ficticias, seguidas de las correspondientes reivindicaciones, logrando con la última que el magistrado adjudicara la potestad al nuevo *pater familias*.

⁹ El nombre entre los romanos estaba constituido por el *praenomen*, el *nomen* y el *cognomen*. El primero es el equivalente a nuestro nombre de pila, el segundo era el correspondiente a su gens, y el cognomen era el apodo que se adjudicaba por muy diversas razones.

Ya en la España medieval dentro de las Partidas¹⁰ la patria potestad fue denominada *officium virile*¹¹ y seguía constituyéndose como un poder absoluto y perpetuo que ejercía el padre sobre sus hijos, sin embargo, el cristianismo contribuyó a reducir la rigidez de este poder, aportando ciertas influencias respecto a la piedad con la cual el padre debía de ejercerla. Es durante este período que el concepto de patria potestad concebido en el derecho romano desaparece casi por completo y a través del derecho consuetudinario se transformó en un deber de protección hacia el hijo.

En otro orden de ideas, dentro de la cultura mexicana es difícil señalar, de acuerdo con Diego H. Zavala Pérez¹², una institución análoga a la patria potestad debido a la poligamia, los diferentes rangos de las esposas y el poder de las castas gobernante y sacerdotal en la sociedad. La potestad de educar no era un atributo que tuvieran los padres, sino que, el hijo a temprana edad ingresaba a alguna de las dos instituciones que se encargaban de brindar la educación. Los hijos de los nobles ingresaban al Calmecac, los hijos de los plebeyos al Telpuchcalli.

El autor en cita refiere a Fray Bernardino de Sahagún, quien menciona algunos rasgos sobre lo que se podría considerar una patria potestad dentro de la sociedad mexicana. A decir de estos aspectos indica que “el padre es la primer raíz y cepa del parentesco, aconseja y da ejemplo a sus hijos, les da buena crianza y doctrina; la buena madre tiene cuidado de sus hijos y es como la esclava de todos los de su casa, que los hijos son obedientes e imitan a sus padres”¹³.

¹⁰ Considerado el texto del derecho castellano más importante. Fueron probablemente redactadas durante los reinados de Alfonso X (1252-1284), Sancho IV (1284-1295) y Fernando IV (1295-1312), y recibieron sanción oficial por el rey Alfonso XI hasta 1348 en las cortes celebradas en Alcalá de Henares. Sobre la fecha exacta, los autores, los motivos y el propio proceso de redacción aun se tienen incógnitas. Soberanes Fernández, José Luis, *Historia del derecho mexicano*, 12a. ed., México, Porrúa, 2006, p. 47.

¹¹ Servicio o función de hombre.

¹² Zavala Pérez, Diego Heriberto, *Derecho familiar*, 3a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 321.

¹³ *Ibidem*, p. 322.

Actualmente dentro de nuestra sociedad, en muchos lugares aun se conserva esta concepción de la familia, en donde los padres son el ejemplo a seguir para los hijos, imitándolos en todos los aspectos y por desgracia a la madre se le sigue viendo como “la esclava de todos los de su casa”, afortunadamente esta percepción ha ido desapareciendo paulatinamente debido a las nuevas estructuras familiares, en donde la madre ya no sólo se dedica a las labores del hogar y tiene la convicción de salir a trabajar o busca su desarrollo profesional, que durante muchas generaciones le fue negado a la mujer.

Ya hemos analizado algunos de los principales antecedentes de la patria potestad, ahora continuaremos con los aspectos relativos a su concepto o definición. Esta institución del derecho familiar tiene dos aspectos que se encuentran muy entrelazados, por una lado se encuentra el aspecto jurídico, al ser una institución que tiene su origen en el derecho privado pero que con el paso del tiempo al tener tanta importancia se configuró como un aspecto de especial observancia para la sociedad y por lo tanto de fundamental reglamentación para el derecho público e incluso para la categorización dentro del derecho social; y por otro lado cuenta con un aspecto cultural basado en los sentimientos de protección y ayuda que la madre y el padre tienen respecto de su hijo menor.

Distintas pueden ser las definiciones de patria potestad, empero, no se puede calificar a una definición como *buena* o *mejor*, porque cada persona es distinta y dentro de esa universalidad de pensamientos la forma en como percibimos el mundo es diferente. En este sentido a continuación citaré algunos autores que definen a la patria potestad.

El primer autor que citaremos es a Ernesto Gutiérrez y González, él nos dice que la patria potestad:

...es el conjunto de deberes que la ley impone, en primer lugar, al padre y a la madre, respecto de sus descendientes en primer grado, incapaces por cualquier causa, para su educación y custodia, así como para la guarda de sus bienes patrimonial pecuniarios.

*La patria potestad, si fallecen la madre y el padre, pasa a las personas que determina la ley, y es irrenunciable, y sólo se puede suspender cuando la ley lo determina, y por decisión del juez civil de lo familiar*¹⁴.

Gutiérrez y González nos indica que la patria potestad son deberes que la ley impone, podemos hacer una pequeña reflexión sobre si realmente las personas cumplen con esos deberes porque es la ley quien impone o es la sociedad a través de la consciencia colectiva que obliga a las personas a cumplir con esos deberes fundándose en principios morales. No se puede desvincular el aspecto cultural de la patria potestad del aspecto jurídico, van íntimamente ligados, fuera de una imposición considero que se podría tratar de un reconocimiento que hace la ley.

Para Raúl Lozano Ramírez la patria potestad es “El conjunto de facultades y obligaciones que la ley concede a los padres, sobre la persona y bienes de sus hijos menores de edad, para su guarda y custodia.”¹⁵

Sobre la definición de Lozano Ramírez considero que el término conceder implica atribuirle a la ley ese conjunto de facultades y obligaciones y que para su ejercicio le son delegadas a los padres, de esta forma deja solamente el aspecto jurídico de la patria potestad abandonando todas las implicaciones morales y sociales que envuelven su ejercicio. Concluye su definición determinando sólo uno de los efectos de la patria potestad, la guarda y custodia de sus hijos, sin hacer mención los demás efectos de la patria potestad.

Otro autor que podemos citar es Galindo Garfias, quién menciona que:

La patria potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida por el derecho, con finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos en matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio

¹⁴ Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho civil para la familia, 2a. ed., México, Porrúa, 2011, p.432.

¹⁵ Lozano Ramírez, Raúl, Derecho civil, t. I: Derecho familiar, México, Editorial PAC, 2005, p. 261.

*corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil).*¹⁶

La definición de este autor es muy interesante, al darnos un origen respecto de la patria potestad, aspecto que los autores anteriores no habían contemplado dentro de sus definiciones; define a la patria potestad como una institución establecida por el derecho, si bien la patria potestad es una institución, no es solamente establecida por el derecho, sino también por la propia sociedad. Considero puntual y concuerdo con la afirmación de que la patria potestad tiene la finalidad de proteger y asistir a los menores de edad. Sin la determinación de la filiación no se puede hablar de patria potestad¹⁷ en sentido estrictamente jurídico, en el ámbito social puede ser concebido de muy diversa forma al verse inmiscuidos principios culturales.

La patria potestad para Raúl Chávez Castillo es “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”¹⁸.

La definición de Raúl Chávez Castillo es interesante analizarla, ya que él no menciona que la ley es quien concede ese conjunto de deberes y derechos, sino que menciona que le corresponden a los padres y que tienen como fin la protección y formación integral de sus hijos, de esta manera rompe con la forma con la cual los anteriores autores dieron su definición de la patria potestad. Lo atractivo de su concepto radica al expresar que la patria potestad se adquiere desde que son concebidos, ampliando el espacio temporal en que los padres deben de cumplir con las obligaciones que estén encaminadas a la protección, cuidados y formación integral del menor aun no nacido, como los cuidados específicos que se deben dar durante el embarazo.

¹⁶ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil: primer curso*, 20a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 689.

¹⁷ Menos en la actualidad en donde en algunos casos los progenitores son simples donantes de material genético y no tienen el interés de tener el reconocimiento de la patria potestad del menor.

¹⁸ Chávez Castillo, Raúl, *Derecho de familia y sucesorio (curso derecho civil IV)*, México, Porrúa, 2009, p. 85.

El Código Civil para el Distrito Federal no da una definición para la patria potestad¹⁹. La regulación de la patria potestad comienza en el Libro Primero del Código Civil para el Distrito Federal, en el título octavo que se refiere a la patria potestad, en su capítulo I que habla de los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos, el artículo 411 nos dice que:

En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición.

Quienes detentan la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.

Lo que podemos resaltar de este artículo es el establecimiento del deber de respeto y consideración mutua entre los padres y los hijos, con el propósito de llevar relaciones armónicas, independientemente de si los padres viven juntos o no. De la transcripción del artículo 411 podemos observar que en ningún momento hace alusión a los elementos tradicionales de la patria potestad.

Por este motivo, Rafael de Pina considera inadecuada la denominación de patria potestad aplicada a ese conjunto de derechos y obligaciones reconocidos a la madre y al padre, pues ha perdido su significación original tomada del derecho romano. "Por ello se ha propuesto cambiar esta denominación por la de *autoridad parental*, pero los tratadistas y los legisladores continúan fieles a la denominación tradicional."²⁰

Para concluir con este punto, comparto la opinión de que la patria potestad ya no tiene la misma significación que tuvo durante el imperio romano; algunas características por las cuales aún podíamos conservar la terminología tradicional se han eliminado para buscar que las relaciones familiares sean armónicas y

¹⁹ Lo considero un aspecto muy atinado de nuestra legislación. La ley esta para regular los aspectos jurídicos de la sociedad, no para dar definiciones; aunque en algunos casos la aclaración que pueda hacer la ley sobre alguna institución es fundamental para establecer sus alcances.

²⁰ Pina, Rafael de, Elementos de derecho civil mexicano, 24a. ed., México, Porrúa, vol. I, 2006, p.376.

pacíficas, sin embargo, considero que darle la terminología de autoridad parental a la patria potestad lejos de traer beneficios sólo causaría polémica. Desde mi punto de vista la patria potestad es el *conjunto de facultades que la ley les reconoce a los padres para el cumplimiento de las obligaciones que tienen frente a la sociedad para brindar una educación y protección integral al menor mediante el desarrollo de una convivencia pacífica y respetuosa.*

2. ¿Quiénes la pueden ejercer?

De acuerdo con el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, la patria potestad sobre los hijos la ejercen el padre y la madre; en caso que uno de ellos deje de ejercerla por alguna circunstancia determinada²¹, el ejercicio no se interrumpe para el otro padre que continuará con su cumplimiento²². Si faltan ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en el ordenamiento previamente mencionado no pueden ejercer la patria potestad, corresponde a los abuelos realizar dicho desempeño conforme al orden que determine el Juez de lo Familiar, quien tomará en cuenta las circunstancias específicas del caso.

Con anterioridad el referido artículo 414 establecía un orden de atribución de la patria potestad: padre y madre, abuelos paternos y maternos²³. En la actualidad esta prelación dejó de existir al no fundamentarse razón alguna sobre esta preferencia, prevaleciendo el derecho por igual para los abuelos paternos y maternos.

²¹ Dichas circunstancias se mencionan al final de éste capítulo.

²² El artículo 420 del Código Civil para el Distrito Federal esclarece que cuando sean dos las personas que ejerzan la patria potestad, sean padres o abuelos, a falta de uno de ellos continuará la otra persona en su ejercicio.

²³ Éste es uno de los aspectos que la legislación aún conservaba del antiguo concepto del Derecho Romano, en donde el poder del *pater familias* desaparecía frente a la *patria potestas* del abuelo paterno, de ahí que se diera la preferencia por los abuelos paternos.

Sobre esta situación, los autores Fausto Rico Álvarez, Patricio Garza Bandala y Mischel Cohen Chicurel en su libro *Derecho de familia*²⁴ nos hacen la observación de que en la legislación vigente no se aclara si dentro de la designación que haga el Juez de lo Familiar a favor de los abuelos, ésta será para los dos o sólo a uno, ni tampoco esclarece si los designados deben ser de la misma línea, apegándose a la interpretación literal, se podría conceder la patria potestad a sólo un abuelo, a un abuelo paterno y a otro materno, o incluso a los cuatro abuelos del menor.

De acuerdo al autor Jorge Alfredo Domínguez Martínez “en condiciones de normalidad, los hijos menores permanecen a lado de sus progenitores y en su conjunto, padres e hijos, integran el núcleo familiar”²⁵. Sin embargo, también considera que esta condición se encuentra rebasada en la actualidad. No se puede declarar que la situación normal sea que los dos padres vivan con los menores, porque si bien esta apreciación se encuentra fundamentada en cuestiones culturales, en un número considerable de casos no representa la mejor situación para el desarrollo del menor; se deben de analizar las particularidades de cada caso para buscar las condiciones más propicias para su desarrollo integral; esto puede implicar que, en algunos casos, no necesariamente tenga que convivir en el mismo hogar con su padre y madre.

En el supuesto que los padres vivan separados, ambos conservan la patria potestad y deben de continuar con el cumplimiento de sus obligaciones; la separación recae sobre su relación de pareja, no sobre la relación que guardan con el menor. En base al interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de sus padres, sea que ellos lo convengan o que así lo determine el Juez de lo Familiar. El otro padre se encuentra obligado a convivir con el menor y a contribuir para su alimentación y crianza, conforme a las modalidades que ellos hayan acordado voluntariamente en su convenio o las

²⁴ Rico Álvarez, Fausto et al., *Derecho de Familia*, México, Porrúa, 2011, p. 418.

²⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil: familia*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 613.

determinaciones que haya realizado el Juez de lo Familiar en su resolución judicial.

En relación a quién es el sujeto que tiene los derechos en la patria potestad y la intervención de la autoridad judicial, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que:

*PATRIA POTESTAD, DERECHOS Y OBLIGACIONES DE QUIENES LA EJERCEN. La patria potestad es un derecho relativo, concebido y dispuesto en interés del hijo; no del padre. La autoridad judicial deberá intervenir, en su caso, como órgano de control del ejercicio de ese derecho para enderezar la dirección impresa al mismo, aunque no se ponga en duda su mantenimiento, conservando sus prerrogativas o impedir el mal uso de ellas, reprimiéndolas, y, si es posible, previniendo los abusos...*²⁶

Atendiendo otro supuesto, la patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten, esta disposición esta contenida en el artículo 419 del ordenamiento citado. Esta norma en la actualidad es errónea, debido a que todas las adopciones se consideran plenas, por lo que los abuelos estarían en posibilidad de ejercer la patria potestad sobre el adoptado en virtud de que se le considera como pariente consanguíneo para todos los efectos legales conforme al tercer párrafo del artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal.

Los autores anteriormente citados²⁷ presentan una reflexión muy interesante en su libro Derecho de Familia. Mencionan que dentro del Título relativo a la patria potestad no se prevé la situación de quien ejercerá la patria potestad en caso de que los progenitores sean menores de edad no emancipados, por lo tanto, sujetos a la patria potestad. Doctrinalmente dan dos soluciones: que la patria potestad sea ejercida por los progenitores menores de edad, o por quien

²⁶ Tesis sin número, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Sala Auxiliar, t. CXVIII, octubre de 1953, p. 55, registro IUS 385204.

²⁷ Rico Álvarez, F. et al., op. cit., nota 24, p. 419.

ejerce la patria potestad sobre los progenitores menores de edad. Compartiendo la opinión de los autores considero que los progenitores menores de edad no pueden ejercer la patria potestad ya que carecen de capacidad de ejercicio, y no estarían en condiciones de cumplir con las obligaciones que se desprenden de la patria potestad, por lo que serían los abuelos quienes estarían en aptitud de ejercerla hasta el momento en que los progenitores alcancen la mayoría de edad.²⁸

3. Los efectos de la patria potestad

Conviene distinguir los efectos que produce la patria potestad en dos grupos: el primer grupo se refiere a los efectos en relación a las personas y el segundo grupo son los efectos en relación a los bienes de los menores. Dentro del primer grupo se distinguen los que corresponden a las personas que ejercen la patria potestad o bien con relación a los menores. En este supuesto los hijos siempre tienen que mostrar respeto, consideración y gratitud a sus padres y demás ascendientes, porque ellos son los que le dan alimentos, vestido, educación, cariño y un hogar.

Otro de los efectos de la patria potestad respecto a los menores consiste en que éstos no pueden abandonar la casa de la o las personas que ejercen la patria potestad, solamente lo pueden hacer a través de un permiso de quien ejerza la patria potestad o por resolución judicial. Esto se establece, a efecto de que el menor no adquiera conductas que dañen de manera material o moral su persona debido a la poca experiencia con la que cuenta. Aunado a esto, se encuentra la prohibición legal de que el menor pueda comparecer en juicio o contratar sin tener el consentimiento de sus representantes legales, ya que sería nulo por no tener la capacidad necesaria para realizar dichos actos.

²⁸ Esto con fundamento en el artículo 450 fracción I y con el artículo 465 del Código Civil para el Distrito Federal; el primero menciona que tienen incapacidad legal y natural los menores de edad y el segundo establece que los hijos menores de un incapacitado quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda conforme a la ley, y no habiéndolo, se les proveerá tutor.

En lo concerniente a los efectos correspondientes a las personas a quienes les compete el ejercicio de este derecho, debemos tomar en cuenta que casi todas las conductas que deben observar los sujetos tienen un contenido indeterminado y corresponden a derechos en los que la ley les concede simultáneamente el carácter de deberes. Derivado de esta situación nos encontramos con el primer derecho, pero que también corresponde a un deber, consistente en el respeto, consideración y armonía que debe existir entre ascendientes y descendientes. Este deber recíproco se desprende del artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal.

Respecto de los derechos y deberes de crianza, el artículo 414 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, establece una serie de deberes inherentes a la patria potestad, solamente son enunciativas más no limitativas. El primero que se menciona, es el deber de los padres para procurar la seguridad física, psicológica y sexual de sus hijos menores de edad, es decir, tienen la obligación de hacer todo lo posible para que los menores sujetos a su patria potestad se encuentren libres de peligros o daños que puedan ocasionarse en su integridad física y psicológica, como también cuidar lo relativo a su salud sexual²⁹.

Otro de los deberes que se mencionan, es el consistente en fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares. Referente a estos deberes, los padres deben brindar a sus hijos las directrices que consideren más idóneas respecto a los hábitos alimenticios que los menores deban tener; brindar

²⁹ La Organización Mundial de Salud define a la salud sexual como: “un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación a la sexualidad; no es sólo la ausencia de enfermedad, disfunción o incapacidad. La salud sexual requiere un enfoque positivo y respetuoso a la sexualidad y a las relaciones sexuales, así como la posibilidad de tener experiencias sexuales seguras y placenteras, libres de coerción, discriminación y violencia. Para lograr y mantener la salud sexual, los derechos sexuales de todas las personas deben ser respetados, protegidos y ejercidos a plenitud.” Defining sexual health. Report of a technical consultation on sexual health 28–31 January 2002, Organización Mundial de Salud, Ginebra, Suiza, 2006, p. 5. http://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/defining_sexual_health.pdf

todos las atenciones relativas al cuidado para la prevención de enfermedades y la conservación de la salud de los menores, así como fomentar el desarrollo de alguna actividad física dentro de sus horarios de actividades, que les permitan tener un crecimiento físico, mental y emocional.

Concomitante a esto, los padres deben realizar demostraciones afectivas, sin embargo, dichas demostraciones tienen que darse en un ambiente pacífico, de respeto y cariño mutuo. Deben ser aceptadas por parte del menor, para lograr una convivencia armoniosa dentro de la familia, a fin de propiciar un desarrollo emocional beneficioso para el menor. Concluyendo, en el artículo previamente citado se determina que se deben establecer límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor. Esto se puede considerar como la libertad de establecer las pautas más apropiadas para determinar la educación de sus hijos.

Al ser considerado un deber preservar el interés superior del menor, se tienen que mencionar los aspectos referentes a éste; para ello, nos apoyaremos en el artículo 416 ter del Código Civil para el Distrito Federal, que define al interés superior del menor como “la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar los siguientes aspectos”:

El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal, que como vimos es un aspecto que se encuentra dentro de las obligaciones que tienen las personas que detentan la patria potestad de un menor. La prioridad en este sentido va encaminada al desarrollo de una personalidad y una autoestima adecuadas que fomenten una responsabilidad personal y social, encaminando al menor para que tome decisiones congruentes a su edad y madurez psíquica y emocional.

Así mismo, forma parte esencial del interés superior del menor el establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto. Este ambiente debe estar libre de cualquier tipo de violencia familiar, para poder fomentar en el menor un desarrollo psicológico y emocional óptimo. Concerniente a este

ambiente, se ha establecido que debe estar libre de sobreprotección y excesos correctivos que lejos de ayudar a formar su personalidad, en ambos casos, merman el desarrollo integral del menor.

El artículo al cual hicimos referencia, concluye estableciendo como interés superior del menor los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables. Al respecto:

En materia de derechos de la infancia y la adolescencia, en 1990 México ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), por lo que desde ese momento quedó obligado a cumplir con sus disposiciones y a adoptar diversas medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos en ella. Asimismo, ratificó los dos protocolos facultativos de la CDN relativos a la participación de niños en conflictos armados, y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía³⁰.

En este sentido, nuestro país ha realizado reformas constitucionales de suma importancia, que han permitido avanzar en el proceso de adecuación de la legislación interna a la Convención sobre los Derechos del Niño, entre las que destaca la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación mediante decreto del 12 de octubre del 2011 al artículo cuarto constitucional, reconociendo que los niños y niñas son titulares del derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral; también establece que son los ascendientes, tutores y custodios quienes tienen el deber de preservar estos derechos, en tanto que es el Estado quien tiene que velar y cumplir con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos.

Derivado de la reforma antes mencionada, se promulgó la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que tiene por objeto garantizar la vigilancia y el respeto de los derechos reconocidos en la Constitución

³⁰ Los derechos de la niñez y la adolescencia en México, UNICEF,

http://www.unicef.org/mexico/spanish/17054_17505.htm

a través del establecimiento de principios básicos conforme a los cuales el orden jurídico mexicano protege y garantiza los derechos de los menores.

Continuando con los deberes de quien ejerce la patria potestad, el Código Civil para el Distrito Federal establece en sus artículos 422 y 423 dos deberes que se relacionan entre sí, en el primer artículo citado se establece el deber que tienen los que ejercen la patria potestad de educar al menor³¹; a su vez el artículo 423 establece el derecho de corrección, que se entiende en la facultad para poder castigar al menor cuando su conducta se aleje de los lineamientos establecidos por quien ejerce la patria potestad.

Finalizando con los deberes de las personas que ejercen la patria potestad, se encuentran los relativos a custodiar a sus descendientes, así como el deber de permitir que el menor conviva con sus demás ascendientes, que son conocidos como el derecho de la guarda y custodia y el derecho de visita³² respectivamente, derechos que serán desarrollados en el siguiente capítulo.

Una vez analizados los efectos correspondientes a la persona del menor, proseguiremos con los efectos respecto a los bienes de los hijos, que tienen la finalidad de que el patrimonio del menor no sufra menoscabos. Dada esta razón,

³¹ Educar se refiere a desarrollar en los menores valores que permitan satisfacer las expectativas que la sociedad tiene de ellos. Mediante la filiación el hijo vivencialmente adquiere los cimientos sobre la noción de autoridad, a partir de la jerarquía que psicológicamente se establece, naturalmente, entre los padres y los hijos éstos adquieren las nociones básicas acerca de la obediencia. En la consanguinidad, los hijos vivencian un conjunto de situaciones cotidianas que forman las bases cognitivas acerca de la solidaridad y el perdón. En la unión de sus padres descubren el compromiso y la responsabilidad. Santelices Cuevas, Lucía, *“La familia desde una mirada antropológica: requisitos para educar”*, *Revista Pensamiento Educativo*, Chile, vol.28, julio 2001, p.190, <http://pensamientoeducativo.uc.cl/files/journals/2/articles/194/public/194-455-1-PB.pdf>

³² La guarda y custodia es el deber que la ley o la voluntad del padre y la madre atribuyen a sí mismos o a un familiar o familiares determinados para hacerse cargo del cuidado inmediato de un menor. El derecho de visita es el derecho que tiene el menor para convivir con la persona que no tenga su guarda y custodia.

los que ejerzan la patria potestad son los legítimos representantes³³ y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen a los hijos. Esta representación también se hará en juicio, pero no puede celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de la otra persona que ejerza la patria potestad, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

En lo conducente a la administración de los bienes del menor, sus bienes siempre que se encuentre sujeto a la patria potestad, se dividirán en dos clases: en bienes que adquiere por su trabajo y por cualquier otro título, cada una de estas clases de bienes se someten a regímenes distintos. Respecto a la primera clase el artículo 429 del ordenamiento al que hemos hecho mención, concede al menor la propiedad y la administración de los bienes producto de su trabajo. El hijo, de acuerdo con el artículo 435 del Código Civil para el Distrito Federal, tiene la administración de sus bienes por efecto de la ley o por voluntad del padre. La administración del menor por la ley sólo puede darse por su unión en matrimonio o por ser bienes adquiridos por su trabajo, y no requiere de autorización respecto de sus ascendientes para celebrar actos jurídicos sobre estos bienes.

Cuando la patria potestad sea ejercida mutuamente, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo, pero quien sea designado en todos los negocios tiene que consultar a la otra persona que ejerza la patria potestad, ya que necesita de su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración y tiene la obligación de rendir cuenta de la administración de los bienes de los hijos.

Quien ejerza la patria potestad sólo necesita acreditar dicha situación para poder celebrar los actos respectivos de la administración de los bienes de los hijos; excepcionalmente necesitan autorización judicial para poder enajenar o gravar bienes inmuebles y muebles preciosos que le correspondan al hijo. También necesita esta autorización para celebrar contratos de arrendamiento por

³³ Siempre que no tengan un interés opuesto a los hijos, ya que, de ser así, los menores serán representados por un tutor nombrado por el juez para los asuntos dentro de un juicio o fuera de él.

mas de cinco años, para poder recibir renta anticipada de mas de dos años, vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por un valor menor respecto al cotizado en el lugar del día de la venta. Asimismo, es indispensable la autorización judicial para donar los bienes de los hijos, para la remisión voluntaria de los derechos de los menores y para dar fianza en representación de los hijos.

Además de tener la autorización judicial, el propósito de celebrar dichos actos tiene que representar una causa de absoluta necesidad o evidente beneficio³⁴. El juez además de conceder dicha licencia, tomará medidas necesarias para que el producto de la venta se dedique al objeto para el cual fue destinado y, el resto sea invertido para la adquisición de un inmueble. De la misma manera, el juez tiene la facultad de tomar medidas necesarias para impedir que los bienes de los menores se malgasten o se reduzcan, a causa de la mala administración de los que ejercen la patria potestad.

En cuanto a los bienes que adquiera por cualquier otro título, la propiedad le pertenece al hijo y sólo mitad del usufructo, la administración y la otra mitad del usufructo les corresponderá a las personas que ejercen la patria potestad. Sin embargo, si los bienes son adquiridos por el hijo a través de una donación, herencia o legado y el donador o testador dispone que el usufructo le corresponda al hijo o sea destinado a un fin determinado se estará a lo que esta persona haya estipulado. Los padres puede renunciar a su derecho al usufructo, la renuncia debe ser por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a dudas y se considerará como una donación.

Cerrando con los efectos respecto de los bienes, cuando el menor se emancipe o llegue a la mayoría de edad, quien ejerza la patria potestad debe de entregarle todos los bienes y frutos que le pertenecen.

³⁴ Un ejemplo de una causa de absoluta necesidad puede ser cuando el padre tiene que vender algún bien de su hijo para poder cubrir los gastos médicos por alguna enfermedad del menor. Dentro de la causa de evidente beneficio puede presentarse la oportunidad para obtener un provecho o ingreso mayor al que normalmente tiene el bien a enajenar.

4. Causas de extinción, pérdida o suspensión de la patria potestad

Para concluir con este capítulo, analizaremos las situaciones por las cuales la patria potestad termina, se pierde o cesa de manera temporal. La extinción se da cuando la patria potestad carece en lo absoluto de razón de ser ante el surgimiento de un acto jurídico que dará paso a una nueva situación jurídica. La extinción de la patria potestad es la terminación de los deberes, derechos y obligaciones que la integran, cuando se presentan las siguientes causas³⁵. La primera de ellas es la muerte de quien ejerce la patria potestad y no hay otra persona en la cual pueda recaer. En esta conjetura el menor no queda desprotegido, sino que se someterá al régimen de la tutela.

Otra de las causas es cuando el menor contrae matrimonio y como efecto de dicho acto se genera su emancipación. También cuando cumple la mayoría de edad se termina la patria potestad y por efecto de la adopción simple. En este último supuesto, la patria potestad termina por la extinción de la filiación habida entre quien da al menor en adopción y el adoptado; el menor entrará en la patria potestad de la o las personas que lo haya adoptado.

Una modalidad del último supuesto mencionado en el párrafo anterior, consiste en la entrega del menor a una institución de asistencia social, con el propósito de darlo en adopción; la entrega se hace con el fin de agilizar el procedimiento de adopción. Es la institución de asistencia social quien puede presentar por escrito una solicitud al Juez de lo Familiar, haciendo de su conocimiento que va recibir un menor para ser dado en adopción, dicha solicitud irá acompañada del acta de nacimiento del menor. El Juez ordena la comparecencia del representante legal de la institución, de la o las personas que ejerzan la patria potestad e interviene del Ministerio Público. Los interesados ratificarán la solicitud y el Juez declarará la terminación de la patria potestad y la tutela del menor quedará a cargo de la institución. La intervención de la autoridad

³⁵ Estos supuestos se encuentran establecidos en el artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal.

jurisdiccional se justifica porque la patria potestad no puede ser modificada ni terminarse por la simple voluntad de los particulares.

Relativo a la pérdida de la patria potestad, podemos mencionar el contenido de la siguiente tesis:

*PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. TIENE UNA DOBLE FINALIDAD, DE SANCIÓN Y DE PROTECCIÓN, LO QUE OBLIGA AL JUZGADOR A ALLEGARSE DE LAS PRUEBAS NECESARIAS PARA DECIDIR SOBRE AMBOS EXTREMOS. La figura jurídica de la pérdida de la patria potestad, en la codificación civil tiene una doble finalidad, por una parte su aplicación constituye una sanción para quien esté en ejercicio de dicha facultad y, por otra, es una medida de protección a futuro para el menor, porque el legislador consideró que la actualización de determinadas conductas de los progenitores o de las personas que ejercen la patria potestad, puede poner en peligro la integridad física, mental, psicoemocional, económica y sexual del menor o causarle algún daño en tales aspectos, cuya consecuencia debe ser la aplicación de tal medida de carácter excepcional, pues lo ordinario es que ambos progenitores ejerzan tal derecho;...*³⁶.

La pérdida de la patria potestad constituye la privación definitiva de los derechos que la integran como consecuencia de la actualización de determinados supuestos establecidos por la Ley. Las causas que dan lugar a ella son las que encontramos reguladas en el artículo 444 del Código sustantivo Civil del Distrito Federal. Conforme a esta disposición, se requiere siempre que se de una declaración judicial para poder constituir la pérdida de la patria potestad.

La fracción I del artículo mencionado, dispone que se pierde la patria potestad cuando quien la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de este derecho; situación que es redundante y absurda ya que el Juez de lo Familiar no puede condenar a una persona a la pérdida de la patria potestad de manera

³⁶ Tesis I.9o.C.175 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, julio de 2010, p. 2005.

arbitraria, debe de fundar su decisión al haberse actualizado algunos de los supuestos instituidos en la norma legal que imponga dicha sanción.

La fracción II determina la pérdida de la patria potestad en los casos de divorcio, atendiendo lo que se disponga en el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, en este artículo solamente se enumeran las situaciones respecto de las cuales el Juez de lo Familiar tiene que resolver al momento de dictar la sentencia de divorcio, pero en ningún momento fija los supuestos que autorizarían al Juez a condenar a uno de los divorciantes a la pérdida de la patria potestad.

Respecto de la tercera fracción, que establece la pérdida de la patria potestad en casos de violencia familiar en contra del menor, la siguiente tesis explica de manera muy detallada los elementos de este supuesto:

PATRIA POTESTAD. PROCEDE SU PÉRDIDA AUN CUANDO SE CUMPLA CON LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS, SI SE ABANDONA AL MENOR Y SE DEJAN DE CUMPLIR LAS OBLIGACIONES DE TIPO MORAL, ÉTICO Y AFECTIVO QUE INFLUYEN EN SU DESARROLLO INTEGRAL, PUES DICHA OMISIÓN GENERA UN TIPO DE VIOLENCIA EMOCIONAL QUE DEBE SER SANCIONADA. De conformidad con el artículo 444, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal, procede la pérdida de la patria potestad en los casos de violencia familiar en contra del menor; para aclarar qué debe entenderse por violencia familiar es preciso remitirse al artículo 323 Quáter, del citado ordenamiento legal, que establece que por regla general ésta se produce por acciones y omisiones de carácter intencional, cuando tiene como objetivo dominar, someter, o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier integrante de la familia, y que produzca un daño en alguno de los integrantes de la familia; de ahí que para que se actualice la hipótesis de violencia por omisión es necesario que se acrediten tres elementos: 1) La omisión o abandono por parte de un integrante de la familia. Éste es de carácter negativo

por lo que demostrada la existencia del deber, no corresponde probar el abandono a quien lo afirma sino corresponde a quien se atribuyó la omisión, aportar prueba en contrario; 2) La alteración auto cognitiva y auto valorativa que integran la autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de la persona objeto de la omisión. Este elemento se presume a partir de la existencia del deber y la omisión, como una consecuencia necesaria entre la conducta omisa y la afectación en el integrante del núcleo familiar; y 3) El nexo causal entre la omisión y la alteración ya reseñadas. Este elemento también es materia de prueba presuncional humana. Cabe señalar que el abandono a que se refiere el primer elemento no se reduce a una cuestión de separación física entre hijos y padres ni al aspecto económico o a la satisfacción de necesidades primarias, sino que engloba una serie de aspectos de tipo moral, ético y afectivo que necesariamente influyen en el correcto desarrollo de un niño,(...) En consecuencia, si no se desvirtúa el incumplimiento de estas obligaciones y como consecuencia el abandono de los menores en el aspecto emocional, se acredita la existencia de violencia por omisión y como consecuencia de ello, la hipótesis antes mencionada para la pérdida de la patria potestad, ya que también se surte la presunción de la causación del daño.³⁷

Siguiendo con el análisis de los supuestos de pérdida de la patria potestad, la fracción IV del citado artículo 444, establece la pérdida por el incumplimiento de la obligación de dar alimentos por más de noventa días sin causa justificada. Este supuesto no determina si ese incumplimiento puede ser total o parcial, solo menciona una temporalidad y que ese incumplimiento no tenga alguna causa que lo explique. Por esta razón la siguiente tesis nos ilumina para disipar esta duda.

³⁷ Tesis: I.3o.C.699 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, Septiembre de 2008, p. 1380.

PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA, POR INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). El artículo 444, fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal, establece que la patria potestad se pierde por el incumplimiento de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada. Ahora bien, el incumplimiento parcial de la obligación de proporcionar alimentos por más de noventa días sí puede dar lugar a la pérdida de la patria potestad, pues no cabe admitir que para que opere la causal de referencia el abandono de dichos deberes deba ser necesariamente total, ya que es evidente que la necesidad de percibir alimentos es de tal naturaleza que no puede quedar supeditada a eventualidades ni a un cumplimiento parcial, por lo que un incumplimiento de esta clase sí puede en principio justificar la pérdida de la patria potestad, máxime cuando se trata de menores que no pueden valerse por sí mismos, toda vez que de no ser así se llegaría a autorizar una situación permanente de abandono parcial de las obligaciones y deberes de los padres para con sus hijos, que no puede ser lógicamente lo que quiso estatuir el legislador en el precepto anotado. Sin embargo, el incumplimiento parcial debe ser grave para fundar la pérdida de la patria potestad, es decir, no cualquier parcial incumplimiento, por mínimo que sea, puede servir para ese efecto. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la patria potestad es una función de los padres establecida sobre todo en interés de los hijos y que consiste esencialmente en cuidar de sus personas y bienes, lo que significa que más que una sanción al progenitor incumplido, la pérdida de la patria potestad debe conceptuarse como una medida de protección del hijo y, por ende, debe ser adoptada en beneficio del mismo, puesto que la intención del legislador no fue simplemente sancionar la mera infracción de los

deberes a cargo del padre, sino fundamentalmente proteger al hijo, y si bien la situación de abandono o desamparo debe entenderse producida cuando se ha dejado de cumplir las obligaciones en forma total, hipótesis en la que el Juez no necesita entrar a considerar la importancia del incumplimiento, ya que su idoneidad para justificar la pérdida de la patria potestad surge de la voluntad del legislador cuando tiene lugar por más de noventa días y no ha mediado causa justificada, no acontece lo mismo cuando se está frente a un incumplimiento parcial por un lapso determinado, desde luego superior a noventa días, caso en el que el juzgador, conforme a su prudente arbitrio, debe sopesar las circunstancias y ponderar si el incumplimiento parcial es de tal entidad que amerite la pérdida de la patria potestad, atendiendo, por ejemplo, a si es o no considerable la parte en que se ha incumplido, el tiempo por el que se ha prolongado, etcétera, y sin olvidar que el interés de los hijos debe ser estimado como primordial.³⁸

En alusión a esta fracción considero que no se debería de contemplar dentro de una de las causas de pérdida de la patria potestad, ya que el segundo párrafo de esta fracción establece que el cónyuge o concubino que perdió la patria potestad por el abandono de los deberes alimentarios puede recuperarla siempre que compruebe que ha cumplido con esta obligación por mas de un año, otorgue garantía anual, se le haya realizado un estudio de su situación económica y de su comportamiento actual, así como un diagnóstico psicológico. Desde mi punto de vista, esta consideración debería entrar dentro de los supuestos de suspensión de la patria potestad y no dentro de los de pérdida, porque en sentido estricto la pérdida supone la privación definitiva de los deberes y derechos, la suspensión la cesación temporal de esos deberes y derechos, que subsiste en tanto persista la causa que la generó, por lo que la posibilidad que la ley le ha concedido de

³⁸ Tesis: I.8o.C.271 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, Febrero de 2006, p. 1854.

recuperar la patria potestad a quien se le ha decretado la pérdida de la misma por incumplir la obligación alimentaria, concuerda más con una suspensión que con la su pérdida.

Prosiguiendo con los supuestos, la fracción V establece que se puede decretar la pérdida de la patria potestad por el abandono a sus hijos, que hicieren el padre o la madre por más de tres meses sin alguna causa que justifique esta conducta. Este supuesto no contempla la pérdida de la patria potestad en caso de que quien la detente sean los abuelos, sin embargo considero que puede hacerse extensivo. Otro de los supuestos es cuando quien la ejerza cometa algún delito doloso y sea condenado por sentencia ejecutoriada contra la persona o bienes de los hijos.

Asimismo, la fracción VII menciona como supuesto para la pérdida de la patria potestad cuando quien la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves. La fracción VIII establece el supuesto de pérdida de patria potestad por el incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales que se hayan ordenado al que ejerza la patria potestad, tendientes a corregir actos de violencia familiar, cuando estos actos hayan afectado a sus descendientes. Y finalmente la fracción IX establece un supuesto del ámbito internacional y local al mencionar que se puede decretar cuando el menor haya sido sustraído o retenido ilícitamente, por quien ejerza ésta.

No se puede concebir a la pérdida de la patria potestad sólo como una sanción impuesta al padre que incumple con alguno de sus deberes más elementales, ya que su finalidad no es simplemente sancionar. La pérdida de la patria potestad es fundamentalmente para darle protección al menor, de manera inminente o previendo hacia un futuro. Es aquí una vez más en donde el interés superior del menor se antepone a cualquier otro derecho que los mismos padres puedan detentar. La pérdida de la patria potestad no busca castigar al padre por realizar conductas inapropiadas para el menor, sino que, se decreta con la finalidad de impedir que los efectos de dichas conductas tengan secuelas negativas dentro de la vida del menor.

Para concluir con este punto y el capítulo estudiaremos la suspensión de la patria potestad. La suspensión de la patria potestad es el impedimento temporal del ejercicio de la patria potestad, ya sea por una sanción o por alguna circunstancia que constituya naturalmente un impedimento para la persona que deba desempeñarla. Los supuestos que dan origen a la suspensión de la patria potestad se encuentran en el Artículo 447. Dichos supuestos son los siguientes:

Cuando se determine judicialmente la incapacidad de quien ejerza la patria potestad y por la ausencia declarada en forma. En estos dos supuesto que hemos mencionado es necesario llevar acabo los procedimientos establecidos para tal efecto en el Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México; otra causa de suspensión se da cuando a consecuencia del consumo del alcohol, del habito de juego, del uso no terapéutico de las sustancias ilícitas que menciona la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio al menor.

Otras situaciones que originan la suspensión son: la sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión³⁹. A la par, se puede declarar la suspensión de la patria potestad cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso la vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado⁴⁰. También son causa de suspensión del ejercicio de la patria potestad el no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente; y en los casos y mientras dure la tutela de los menores en situación de desamparo de

³⁹ Este supuesto al igual que en la pérdida de la patria potestad es inaplicable, ya que ninguna de las fracciones señaladas en ese artículo indica que conductas generarían dicha sanción.

⁴⁰ Esta apreciación puede dar lugar a un gran número de posibles conflictos entre las familias. Se tiene que separar las acciones de los demás familiares respecto de quien ejerce la patria potestad. La limitación tendría que ser respecto de la persona que ponga en peligro la salud, el estado emocional o la vida del menor.

acuerdo a lo dispuesto en el Código Civil para el Distrito Federal y del artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Cabe mencionar que el fundamento para establecer la cesación temporal de la patria potestad en su suspensión lo encontramos en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, menciona que la sentencia de suspensión de la patria potestad es una de las resoluciones judiciales firmes que pueden modificarse y alterarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.

CAPÍTULO SEGUNDO. GUARDA Y CUSTODIA

1. Definición de guarda y custodia

Dentro de los derechos y deberes más importantes que se desprenden de la patria potestad encontramos al deber de guarda y custodia, este deber llega a tener tal trascendencia que suele haber confusión entre ésta y la patria potestad. Por lo que es muy importante en un primer momento, definir a la guarda y custodia para posteriormente, establecer las diferencias entre éstas dos instituciones.

Cuando se habla de la guarda y custodia suele asociarse con la idea de ruptura¹ de los padres; empero, la guarda y la custodia no solamente se determina al presentarse esta situación, ya que puede ser otorgada al padre o a la madre, sin estar en el supuesto de un divorcio o una separación. El deber de convivencia y de guarda cobra vida de forma autónoma e independiente y se disocia de la patria potestad en el momento en que los padres toman la decisión de no convivir en el mismo hogar, por lo que tiene que atribuirse a uno de los padres la guarda de los hijos menores.

En lo concerniente a un concepto o definición del deber de guarda y custodia, no todos los autores lo definen. Por lo general, sólo mencionan que es uno de los derechos que se desprende de la patria potestad; de tal forma que no existe un análisis exhaustivo de este deber, pese a que en los últimos años ha adquirido una gran importancia.

El Diccionario de la lengua española menciona que el vocablo guarda proviene del germánico *warda*, acto de buscar con la vista; este a su vez proviene de *wardôn* que significa atender, prestar atención. Las primeras dos acepciones de guarda nos dicen que es “la persona que tiene a su cargo la conservación de algo”; y guarda es la “acción de guardar, en el sentido de conservar o retener algo”².

¹ La ruptura se da en el sentido de que el padre o la madre toman la decisión de finalizar su relación de pareja. Para que se determine la guarda y custodia, no es necesario que exista de por medio una ruptura, ya que en algunos casos, los padres nunca han mantenido una relación estable de pareja.

² <http://lema.rae.es/drae/?val=guarda>

Para el vocablo custodia el Diccionario de la lengua española nos remite a la palabra custodiar que significa guardar con cuidado y vigilancia³. Las definiciones que nos brinda el Diccionario de la lengua española sólo generaran confusión ya que prácticamente dan definiciones muy similares. Para poder generar una noción precisa, es necesario acudir a la doctrina de derecho familiar que ha analizado la guarda y custodia.

Consultando un diccionario de términos jurídicos encontramos que definen a la guarda como la “acción de conservar, guardar o defender. Persona que tiene a su cargo la conservación de una cosa o la custodia de una persona. Acción de guardar con cuidado y vigilancia.”⁴ En tanto que la custodia como “la persona o escolta que guarda a un preso. Es el nombre del receptáculo donde es expuesto el santísimo sacramento. Es sinónimo de guarda o tenencia de cosas ajenas que se administran o conservan, cuidándolas hasta que se entregan a su legítimo propietario.”⁵ Rafael De Pina y Vara en su Diccionario de Derecho nos dice que la palabra guarda quiere decir, “cuidar, custodiar, vigilar o cumplir con algo.”⁶

Jurídicamente, el término guarda connota el derecho que tiene el menor de tener un hogar en donde vivir, un lugar donde se encuentre protegido y pueda satisfacer todas las necesidades básicas para su desarrollo. En tanto que la custodia hace referencia a la vigilancia que se debe tener sobre las actividades que realice el menor; esta vigilancia es tanto para resguardar al menor de peligros que atenten contra su integridad física como de las actividades que realicen y que puedan ocasionar daños a terceras personas.

Dentro de la legislación, de acuerdo con el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal, en caso de separación de las personas que ejerzan la patria potestad de un menor, ambos deben continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores.

³ <http://lema.rae.es/drae/?val=custodia> – Última fecha de consulta: 08 de abril del 2014.

⁴ Magallón Ibarra, Mario (coord.), *Compendio de términos de derecho civil*, México, Porrúa, 2004, p. 266.

⁵ *Ibidem*, p. 125.

⁶ De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 19ª edición, México, Porrúa, 1993, p. 304.

Los autores Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez en su libro Derecho de familia⁷ explican que el concepto de guarda presupone que el menor tiene que vivir con su progenitor⁸ y no puede abandonar la casa sin el permiso de éste o por un decreto de la autoridad competente. El domicilio legal del menor tiene que ser el mismo de quien ejerce la patria potestad o en su caso la guarda y custodia. Por otro lado, el concepto de custodia implica el ejercicio de las facultades y derechos para el cuidado, la guarda, la vigilancia, la protección y la crianza del menor como parte de los fines de la patria potestad. La custodia de los menores de edad la tienen los padres sin importar que vivan juntos o separados; en caso de estar separados la custodia la pueden ejercer de manera compartida.

Continuando con el establecimiento de una definición de guarda, Cristina Guilarte Martín-Calero doctora en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid en España, nos dice que:

Puede definirse la guarda como aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna o sucesiva en los periodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida alternativa) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia.⁹

Esta definición introduce el término guarda compartida alternativa; en este sentido el vocablo compartida no es el más propicio, ya que implica la idea de que

⁷ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, 2a. edición, México, Oxford, 2009, p. 272.

⁸ Cabe recordar que el término progenitor puede considerarse no muy adecuado, por las razones que comentamos en la nota 17 del capítulo anterior.

⁹ Guilarte Martín-Calero, Cristina, *La custodia compartida alternativa: Un estudio doctrinal y jurisprudencial*, InDret. Revista para el análisis del Derecho, España, Abril de 2008. http://www.indret.com/pdf/537_es.pdf Última fecha de consulta: 08 de abril del 2014.

el padre y la madre detentan la guarda al mismo tiempo, situación que no es posible, ya que al ser determinada el menor debe de residir en un domicilio, que será alguno de los padres, y por lo tanto el otro carecerá de contacto físico cotidiano con el menor, en el supuesto de una separación o cuando los padres no vivan en el mismo domicilio. El término alternativa o alternada es más propicio para definir la finalidad que se busca regular. De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, en su sexta acepción de la palabra alternativa nos dice que es la “acción o derecho que tiene cualquier persona o comunidad para ejecutar algo o gozar de ello alternando con otra”¹⁰. En este caso el padre y la madre son quienes se turnaran la titularidad del derecho de guarda.

En el capítulo anterior mencionamos que la guarda y custodia es *el deber que la ley o la voluntad del padre y la madre atribuyen a sí mismos o a un familiar o familiares determinados para hacerse cargo del cuidado inmediato de un menor*. Para comprender a plenitud esta definición desglosaremos cada uno de los elementos mencionados en el concepto.

La guarda y custodia es el deber que tiene que cumplir el familiar del menor al cual sea encomendada, algunos autores¹¹ consideran que es un derecho-deber, sin embargo, considero que comprende tanto derechos como deberes recíprocos que más adelante enunciaremos. El derecho le corresponde de manera absoluta al menor, él es quien tiene el derecho de estar bajo la atención, cuidado y protección de su madre, padre o algún pariente, según sea el caso. Respecto a esta situación, podemos mencionar lo que menciona Eduardo A. Zannoni¹²: “la guarda no es una potestad que se reconozca a los padres en forma autónoma, sino que se les otorga en función del cumplimiento del deber de educación que es el gran deber que preside las relaciones entre padres e hijos”

¹⁰ <http://lema.rae.es/drae/?val=alternativa> – Última fecha de consulta: 08 de abril del 2014.

¹¹ Como es el caso de Rico Álvarez, Fausto et al., Derecho de Familia, México, Porrúa, 2011, p. 418

¹² Cit. por Chávez Asencio, Manuel F., *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*, 4a. ed., México, Porrúa, 2004, p.284.

Hay que reconocer, que al tratar sobre patria potestad podemos hacer referencia al italiano Antonio Cicu¹³; él indica que el centro de gravedad es el deber y no el derecho y que

...en la patria potestad la relación entre padre e hijo se apoya sobre el momento del deber: lo reconoce la doctrina cuando nos dice que el derecho de la patria potestad se apoya sobre el deber, que es el medio para cumplir un deber; que el deber es aquí la causa principal y el derecho no existe más que en gracia del deber; que el derecho esta atribuido como consecuencia a un deber jurídico preexistente.

El deber de la guarda y custodia se desprende del artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal en su segundo párrafo menciona que “Con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos” (de quienes ejercen la patria potestad). Este artículo impone el deber a los padres de hacerse cargo del menor, vigilarlo, darle protección y cuidar de su integridad. Los padres, que son los titulares originarios de la guarda y custodia por ejercer la patria potestad, pueden convenir cuál de ellos dos será quien quedará a cargo de este deber o podrán determinar que sea una persona, personas o institución de asistencia social para cumplir con este deber.

La parte fundamental de la guarda y custodia supone el cuidado inmediato del menor, lo cual comprende vigilarlo y procurar su protección física. Dentro de estos conceptos encontramos las funciones que aseguran el desarrollo integral del menor y que cada día deben de supervisar que, por ejemplo, el menor consuma sus alimentos en horas adecuadas, asista a la escuela para recibir la instrucción apropiada conforme a su edad, prevenir que el menor realice actividades que perjudiquen su integridad física o emocional, reciba la atención médica oportuna en caso de ser necesario, así como tener sus períodos de descanso y recreación suficientes para continuar con su desarrollo.

¹³ Cicu, Antonio, *El derecho de familia*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediar S. A. Editres, 1947, p. 128.

Hay otro aspecto que podemos mencionar, este es que la custodia se puede establecer de manera compartida conforme al Artículo 282, apartado B, fracción II del Código Civil para el Distrito Federal: "...una vez contestada la solicitud el juez pondrá a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio."

Respecto a la custodia compartida la siguiente tesis explica de manera detallada los elementos que deben tomarse en cuenta para que el juez la decrete.

CUSTODIA COMPARTIDA PREVISTA EN LOS ARTÍCULOS 282, FRACCIÓN V Y 283 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, ELEMENTOS QUE DEBEN TOMARSE EN CUENTA PARA DECRETARLA. De la exposición de motivos contenida en la iniciativa de reforma al Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal el seis de septiembre de dos mil cuatro, en materia de guarda y custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad, con motivo de los cuales se reformaron los artículos 282, fracción V y 283, segundo párrafo, ambos del Código Civil para el Distrito Federal, mediante la cual se instituyó la figura jurídica denominada custodia compartida se advierte que el legislador tuvo la finalidad de armonizar los derechos de los ascendientes y otros parientes con los menores porque éstos tienen una esfera de protección insuficiente y precaria, que los convierte en sujetos en condiciones de vulnerabilidad y en algunas situaciones en desventaja social; al respecto, se tuvieron en cuenta las diferentes situaciones de la realidad social, como cuando ambos progenitores ejercen la patria potestad, pero uno solo de ellos tiene la guarda y custodia de los hijos menores de edad o cuando cada uno de los progenitores tiene la guarda y custodia de uno o varios menores; esto es, que la madre la ejerce sobre uno o varios hijos y el padre sobre otro u otros diversos; de acuerdo con ello, el contenido de las normas civiles vigentes tienen como principio rector

el interés superior de los menores para armonizar los legítimos derechos del padre y de la madre; todo ello sin menoscabo del bienestar de los menores y velando por el cumplimiento de sus deberes escolares y sus derechos regulados en la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, como en la Ley de las y los Jóvenes del Distrito Federal, y tal normatividad establece que se debe privilegiar en la medida de lo posible y siempre y cuando ello no implique un riesgo para los menores, la procedencia de la custodia compartida, tomando en cuenta, en su caso, la opinión del menor, y que literalmente el artículo 283 referido establece que debe procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en donde el vocablo en lo "posible" implica posibilidad, facultad, que puede ser o suceder, y se traduce en que los juzgadores deben determinar atendiendo a las circunstancias particulares del caso, observando los factores antes destacados, cuándo procede la custodia compartida para que los hijos permanezcan de manera plena e ilimitada con ambos padres. Para el segundo supuesto, relativo a la permanencia plena e ilimitada de los hijos con ambos padres, se deben atender diversos aspectos, tales como la situación familiar que impera en el entorno del menor, el trato o la relación que guardan los padres entre sí, las circunstancias que en su caso dieron origen a la separación o al divorcio, la conducta de éstos para con los menores, cuestiones tales como el lugar de residencia de los padres, el de la escuela del menor, la facilidad de traslado para estos lugares, además de las diversas actividades que pudiera realizar el menor, en donde además debe ponderarse que habrá situaciones en las que pudiera ser procedente decretar la custodia compartida y otras en que por las circunstancias particulares del asunto no será posible determinar que los hijos permanezcan plena e ilimitadamente con ambos padres, de lo cual se obtiene que

*aquella no se concreta únicamente con la permanencia de los menores con ambos padres, pero sí con los demás elementos inherentes a la custodia, como son la participación de ambos padres en la toma de decisiones de las cuestiones relevantes que incidan en la protección y desarrollo físico y espiritual de los hijos, así como en la satisfacción conjunta de la totalidad de las necesidades de éstos, todo ello aunado al derecho de convivencia con los hijos, de relacionarse con ellos, de estar al corriente de su vida y educación y sobre todo de participar activamente en la toma de las decisiones inherentes a su mejor desarrollo, relativas a su educación, formación moral y al control de sus relaciones con otras personas.*¹⁴

Al analizar los aspectos que se toman en cuenta para determinar la permanencia plena e ilimitada de los hijos con ambos padres, considero que son dos los fundamentales. El primero de ellos es el trato o relación que guarden los padres entre sí; de este aspecto podemos decir que ellos deben de tener una comunicación armoniosa y pacífica, con el fin de facilitar el cumplimiento de los deberes mutuos que tienen respecto de sus hijos. De la misma forma, debe imperar un ambiente de respeto recíproco entre todos los miembros de la familia que brinde al menor la seguridad y cariño necesario para satisfacer sus necesidades emocionales. Paralelamente, las circunstancias que dieron origen a la separación o divorcio si bien pueden ser importantes, no deben de ser fundamentales para determinar una custodia compartida, sino que se debe dar prioridad a la relación que existe en el presente y prever la relación a futuro.

El segundo aspecto a tratar es el lugar de residencia de los padres. Para poder determinar una custodia compartida, ambos padres deben de tener su lugar de residencia lo más cercano posible a las distintas actividades que realice el menor. Sin embargo, es difícil que en la actualidad los padres consigan lugares de residencia cercanos, por lo que lo primordial de este aspecto debe radicar en la facilidad, pero sobretodo en la disposición que se tenga para realizar los traslados

¹⁴ Tesis I.3o.C.645 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007, p. 3120.

entre estos lugares, sin que exista una descompensación en los tiempos que el menor tenga establecidos para realizar otras actividades.

Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro respecto a la custodia compartida hacen una reflexión interesante sobre el padre y la madre al decirnos que:

*...para que haya custodia compartida la madre y el padre deben de reconocer que ante sus hijos tienen los mismos deberes y derechos, tomando en cuenta que no es lo mismo la relación que guardan entre ellos como pareja a la que tienen frente a sus hijos como padres. La custodia compartida busca el equilibrio y la influencia equitativa de los padres para la buena formación de sus hijos.*¹⁵

Si los padres que se van a separar reflexionaran sobre la diferencia de separar la relación que tienen de padres respecto con sus hijos de la relación de pareja que alguna vez tuvieron se evitarían muchos conflictos al dejar atrás todas las diferencias y anteponer los intereses de sus hijos, para ejercer esos derechos y deberes de forma equitativa y no viéndose como en una competencia, sino como un trabajo en equipo que buscará lo mejor para sus hijos.

Voy a comentar brevemente a otro aspecto que es muy importante aclarar. Dentro de todo lo que hemos indicado siempre hemos hecho mención al padre o madre del menor, sin embargo es importante recordar que a partir del 29 de diciembre de 2009 las parejas del mismo sexo que pueden adoptar a un menor de edad o incapaz si cumplen con los requisitos que establece la ley. Al respecto, se han eliminado dos distinciones: la primera los distintos tipos de adopción en donde ahora todas se consideran plenas y el menor es integrado al núcleo familiar como si fuera hijo biológico, con lo que se deben asumir todos los deberes que se desprenden de la patria potestad y los derechos para poder cumplir con las obligaciones que impone la ley; la segunda en permitir que parejas del mismo sexo puedan adoptar a un menor, si bien no se concedió de manera directa si a

¹⁵ Baqueiro Rojas, E. y Buenrostro Báez, R., op. cit., nota 7, p. 273.

través de las reformas que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal realizó en cuanto al matrimonio y concubinato. Estas modificaciones benefician a los menores que carecen de una persona que se haga responsable de ver por su desarrollo integral, ya que la adopción surge como una opción para integrarse a una familia atendiendo sin duda al interés superior del menor, además de ajustarse a la realidad social de la Ciudad de México.¹⁶ Consecuentemente, a lo largo que nos hemos referido sobre los padres, y en lo subsiguiente, hemos utilizado el término padre y madre y padres para hacerlo en plural en el sentido jurídico de las expresiones, pero no desconociendo otros tipos de relaciones paterno-filiales.

Para finalizar, la custodia compartida puede generar algunos problemas; uno de ellos se presenta cuando alguno de los padres ejerce violencia sobre los demás miembros de la familia y solicita la custodia compartida como medio para continuar controlando, acosando y maltratando a esos miembros de la familia. Empero, también tenemos el otro extremo de la situación, padres que si se han encargado de atender con cuidado a sus hijos. Otro aspecto que puede causar conflicto en la custodia compartida es el domicilio del menor ya que residirá unas temporadas en el domicilio paterno y otras en el materno, en donde el menor pese a que tenga un dormitorio y artículos personales en cada uno de los domicilios no deja de estar en continua mudanza.

Ante este inconveniente surge un tercer sistema de custodia, en donde el menor es el que se queda en un domicilio fijo y son los padres quienes se van turnando periódicamente la residencia. Aun así esta solución presenta algunas desventajas, la principal radica en el aspecto económico, para hacer posible este sistema es necesario que la familia cuente con tres domicilios, uno donde se quede el menor, otro para el padre y uno más para la madre, salvando este obstáculo se pueden presentar problemas organizacionales, como la situación de que el padre o la madre tengan una nueva pareja, y no saber si la pareja se queda en la casa de la madre o padre, o se traslada junto con su pareja a la casa donde

¹⁶ Silva Meza, Juan N. y Valls Hernández, Sergio A., *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa, 2011, pp. 177 a 179.

está el menor. Sin duda alguna esta situación no deja de tener sus dificultades. Es por esto que:

...se considera que lo idóneo para el menor es vivir con uno de los progenitores y que el otro participe al máximo de la vida del niño, porque el hecho de cambiar de casa constantemente puede ser desestabilizador para el menor. Aun cuando los padres tengan una buena relación, el hecho de tener que vivir a caballo entre dos casas es estresante para los menores.¹⁷

Sobran razones para considerar que el establecimiento de la custodia compartida no se puede dar en todos los casos. Para empezar, los impulsores de la guardia compartida en México la visualizan como la obligación que tienen los menores de vivir con ambos padres, pese a que ellos vivan separados y no exista armonía entre ellos lo que dificulta de sobremanera la convivencia¹⁸ haciendo a un lado el interés superior del menor.

2. Diferencia entre patria potestad y guarda y custodia

Para comenzar a diferenciar estas dos figuras, recordaremos sus definiciones. La patria potestad es *el conjunto de facultades que la ley les reconoce a los padres para el cumplimiento de las obligaciones que tienen frente a la sociedad para brindar una educación y protección integral al menor mediante el desarrollo de una convivencia pacífica y respetuosa*, en tanto que hemos definido a la guarda y custodia como *el deber que la ley o la voluntad del padre y la madre atribuyen a sí mismos o a un familiar o familiares determinados para hacerse cargo del cuidado inmediato de un menor*. Dentro de todos los derechos y deberes que comprenden la patria potestad encontramos a la guarda y custodia como uno de los principales deberes; es tan importante que al momento de una ruptura, respecto de todos los derechos y deberes que se

¹⁷ San Segundo Manuel, Teresa, “Maltrato y separación: repercusiones en los hijos”, en Tapia Parreno, José Jaime (director), *Custodia compartida y protección de menores*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010, p. 143.

¹⁸ Pérez Duarte, Alicia, *Derecho familiar*, 2a. ed., México, FCE, 2007, pp. 347 y 348.

deben de resolver relacionados con la persona de los hijos menores de edad, es de los primeros que a los padres les interesa establecer.

En una primera hipótesis, la guarda y custodia de los hijos menores de edad puede ser adjudicada al padre, a la madre, a ambos si se establece como compartida o a un pariente, esto depende de la decisión que tomen los padres sobre quién cumplirá con el deber; esta decisión no puede ser cuestionada salvo por el Juez de lo Familiar, que al momento de aprobar y ratificar la decisión de los padres considere que exista un riesgo para los menores. La segunda hipótesis es cuando el Juez de lo Familiar decide a quién se le concede la guarda y custodia en caso de que no exista acuerdo mutuo previo entre los padres. Para resolver esta situación el Juzgador toma en cuenta diversos factores, tales como: no separar a los hermanos, dado que es un aspecto fundamental de la convivencia y desarrollo del menor; la cercanía que tengan los menores con otros miembros de la familia, como con los abuelos; las necesidades afectivas y emocionales de los menores; la disponibilidad y la dedicación para brindar atención y cuidados necesarios, que quizá son los factores de mayor importancia; o si algunos de los padres no representa un buen ejemplo a seguir para el menor.

Es prudente advertir que, los deberes de crianza desprendidos de la patria potestad atendiendo su aspecto moral, son asumidos desde el momento en que nace el menor y jurídicamente, cuando la madre, el padre o ambos realicen el registro del menor. Por lo general, la patria potestad es ejercida conjuntamente por el padre y la madre, excepcionalmente sólo uno de ellos ejerce la patria potestad, cuando existe una resolución judicial que determine la suspensión o pérdida de la misma. Por otra parte, la guarda y custodia sobre un menor puede estar a cargo de alguno de sus parientes, aunque la ley no especifica bajo qué hipótesis se da esta circunstancia. Por el contrario, en la patria potestad el ejercicio corresponde exclusivamente a la madre y al padre, sólo por algunas circunstancias prevista en la ley o a falta de ellos su ejercicio corresponde a los abuelos.

Ciertamente, la guarda y custodia es un aspecto muy concreto del ejercicio de la patria potestad, primordialmente vinculada a la noción de atención y cuidado diario; que en algunos casos surge de la separación, divorcio o ruptura de los padres, de tal manera que la forma en como las convivencias se llevaban a cabo entre los padres y los hijos finalizan para dar paso al establecimiento de nuevas formas de convivir.

En el derecho familiar mexicano la custodia es relevante al estar dirigida a la atención de la niñez, complementa y se relaciona estrechamente con la patria potestad. El Código Civil hace la diferencia entre estas dos instituciones, ambas se refieren al bienestar y cuidado de la niñez, pero distintas entre sí, pues una, sólo comprende los cuidados personales del menor y la otra abarca tanto a su persona como a sus bienes.¹⁹

Quisiera añadir que la diferencia sustancial entre la patria potestad y la guarda y custodia se encuentra en el origen de ambas, la patria potestad tiene su origen en la filiación y la guarda y custodia se desprende de la patria potestad. Además, la guarda y custodia puede establecerse de manera convencional por los padres pero la patria potestad no puede establecerse conforme a la voluntad de los padres.

3. Derechos y obligaciones que se desprenden de la guarda y custodia

En lo referente a los derechos de la persona que tiene a su cargo la guarda y custodia de un menor, podemos mencionar, desde nuestro punto de vista, que el derecho primordial es el de disfrutar de la convivencia cotidiana con el menor, ya que todos los demás supuestos corresponden a obligaciones que se tienen que cumplir. Dentro de este contexto, al analizar detenidamente a la guarda y custodia podemos encontrar que hay tanto derechos y deberes recíprocos entre los padres y los hijos.

Comencemos con el aspecto de la custodia, donde encontramos que corresponde a ambos padres decidir el establecimiento del domicilio familiar,

¹⁹ *Ibidem*, pp. 341 y 342.

donde ellos tienen el derecho de exigir que los hijos vivan y éstos tienen el deber de habitar la casa familiar, puesto que el establecimiento de un domicilio hace posible la custodia y el cuidado.

Todo esto parece confirmar que los deberes con cargo a los padres son obligatorios e irrenunciables y corresponden exclusivamente a ellos, por tener la característica de ser personales, con esto nos referimos a que ninguna otra persona puede cumplir con estos deberes. En relación a los derechos, éstos son para lograr el cumplimiento de los deberes a cargo de los hijos. Los padres exigen el respeto y acatamiento de todos los demás en cuanto a las decisiones que ellos tomen.²⁰ Dentro del siguiente cuadro²¹ expondremos los deberes y derechos de los padres y de los hijos.

Relaciones jurídicas paterno filiales			
Padres		Hijos	
<i>Deberes</i>	<i>Derechos</i>	<i>Deberes</i>	<i>Derechos</i>
Cuidado y custodia	Fijar domicilio familiar	Vivir en domicilio familiar	A la custodia con cuidado
Convivencia	Respeto e intimidad	Convivencia	Respeto e intimidad
Protección a la persona	Cuidado y corrección	Aceptación y respeto	Ser protegido
Vigilancia de los actos	Corrección y amonestación	Obediencia y respeto	Ser protegido
Educación	Corrección y auxilio de la autoridad	Respeto, aplicación y obediencia	Su educación

²⁰ Chávez Asencio, M., *op. cit.*, nota 12, p.288.

²¹ *Ibidem*, p. 287.

Relaciones jurídicas paterno filiales			
Padres		Hijos	
Moral	Amonestación y corrección	Atender y escuchar	Su formación moral
Religiosa	Orientación	Atender y escuchar	Respeto a su vocación
Al trabajo (orientación)	Participación en la contratación	Aprovechar y aceptar	Respeto a su vocación
Testimonio	Respetarlo	Honrar	Recibir buen testimonio

Si echamos un vistazo sobre el deber moral, encontramos que comprende la orientación en relación a la conducta del menor; es señalarle el camino para que logre una conducta apegada a los valores reconocidos por la sociedad. Los padres tienen que transmitir los valores éticos de la familia y de su comunidad conforme a su cultura. Al hijo le corresponde el deber de escuchar y atender las orientaciones del padre. Quisiera ahora hablar sobre el rubro denominado testimonio en el cuadro anterior. Resultaría muy complicado para los padres lograr que los hijos tengan una buena educación si ellos mismos no dan testimonio. Nuestra legislación en su Artículo 423, primer párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal vigente, establece como un deber observar una conducta que sirva a los menores de buen ejemplo. “No sólo se dan facultades para corregir a los menores, a fin de que éstos acepten sus instrucciones y órdenes, sino se exige que los padres observen buena conducta; es decir, den testimonio a sus hijos.”²² Por ejemplo, si un padre le pide a su hijo que su lenguaje sea correcto frente a otras

²² Chávez Asencio, M., *op. cit.*, nota 12, p. 300.

personas pero él no se comporta de esa manera, no hay congruencia entre su conducta y la expectativa de comportamiento que desea de su hijo.

Derivado de la custodia está la convivencia, que es consecuencia natural de la función de la patria potestad. Esta convivencia tiene como finalidad conseguir la estabilidad emocional del menor al darle afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual, el hijo debe de responder en la medida en que su edad y madurez lo permitan²³. Habría que decir también, que dentro del deber de custodia se encuentra el de la vigilancia, por la cual los padres tienen que responder de los daños que se tengan como consecuencia de las actividades que hayan incurrido sus hijos en cuanto estos se deban a la falta de vigilancia.

Dentro de las obligaciones que tiene la persona que ostenta la guarda y custodia encontramos: el tomar decisiones respecto sobre la vida cotidiana del menor, esto es eminentemente una obligación, ya que toda toma de decisiones en caso de los menores siempre implica asumir la responsabilidad de las consecuencias que puedan sobrevenir, ya que algunas de ellas podrían ocasionar alguna afectación al menor; otra obligación es la consistente en administrar sus bienes y su pensión alimenticia, la ley impone la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos conforme al artículo 439 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, y la pensión alimenticia es suministrada por el padre o madre designado a proporcionarla en beneficio del menor. Sin embargo, la obligación de proporcionarle alimentos al menor corresponde a ambos padres, los cuales no pueden omitir el cumplimiento de esta obligación por ninguna razón.

Otras de las obligaciones fundamentales son: brindarles una educación adecuada en relación a su edad; también deben darles cariño y compañía necesaria para satisfacer sus necesidades afectivas, sin embargo, no se puede obligar a las personas a brindar afecto, por lo que esta obligación debe entenderse más en el sentido de proporcionarle al menor un ambiente de paz y tranquilidad libre de cualquier tipo de violencia. Una obligación más es la de facilitar las visitas del padre o madre, según sea el caso, e informar sobre los incidentes relevantes

²³ Chávez Ascencio, Manuel F., Convenios conyugales y familiares, 4a. ed., México, Porrúa, 1999 p. 69.

que ocurran en relación al menor, por lo que debe existir un compromiso entre los padres para garantizar el derecho que tiene el menor de convivir con ambos padres, para esto es fundamental que la madre y el padre mantengan una efectiva comunicación entre ellos a fin de preservar la integridad física, psicológica y emocional del menor.

Finalmente, sólo recordaremos que el artículo 414 Bis del Código Civil para el Distrito Federal establece también obligaciones, estas son las llamadas obligaciones de crianza que deben dar cumplimiento las personas que ejerzan la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor.

Atendiendo otras circunstancias, dentro de la legislación se infiere que existe la posibilidad de que la guarda y custodia puede ser cedida por sus titulares naturales, el fundamento de esta transmisión lo encontramos en el artículo 418 del Código Civil para el Distrito Federal. Este artículo establece que le son aplicables al pariente²⁴ que por cualquier circunstancia tenga la guarda y custodia de un menor, las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores. Empero, los titulares que conservan la patria potestad deben de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos los deberes relacionados con la guarda y custodia, y a su vez conservan los derechos de convivencia y vigilancia.

Dentro de la doctrina existe la discusión respecto a si la guarda y custodia puede ser cedida sólo a un pariente o si se permite realizar la transmisión de este deber a un tercero. Algunos autores como Fausto Rico Álvarez, Patricio Garza Bandala y Mischel Cohen Chicurel consideran que “cualquier persona con capacidad de ejercicio puede ser ceder la guarda y custodia de un incapaz.”²⁵ El fundamento a su argumento son los artículos 421, 267 y 282 del Código Civil para el Distrito Federal. El primero de estos artículos lo interpretan *contrario sensu*, de tal forma que el menor de edad puede dejar la casa de quienes ejercen la patria potestad sobre él con su autorización o de la autoridad competente. Este artículo no especifica sobre el deber de guarda y custodia, ni fundamenta la facultad de los

²⁴ No se establece claramente algún límite del parentesco, por lo que se le podría considerar hasta cierto punto ilimitado, siempre y cuando el interés superior del menor no se vea afectado.

²⁵ Rico Álvarez, Fausto et al., op. cit., nota 11, p. 522.

padres para tomar la decisión de ceder la guarda y custodia, sólo en la práctica ha sido utilizado para justificar que el menor se ponga bajo el cuidado de cualquier persona. Como la autorización para alguna salida escolar. Me parece que habría que pensar en las consecuencias de realizar la cesión de la guarda y custodia por los padres o a través de la intervención de la autoridad judicial, sobre todo en el impacto que pueda tener en el menor una u otra decisión.

El artículo 267 del ordenamiento citado, se refiere a la propuesta de convenio que debe acompañarse a la solicitud de divorcio del cónyuge que desee promover el divorcio unilateralmente; en su fracción I, sobre los requisitos que debe contener la propuesta de convenio, establece que se debe designar a la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores e incapaces. En un sentido muy literal, queda abierta la posibilidad de que cualquier persona puede ser designada para hacerse cargo de la guarda y custodia del menor. Sin embargo, haciendo una interpretación armónica de esta disposición, consideramos que se refiere a que los padres establezcan de entre ellos quién cumplirá con este deber y no como lo consideran los autores anteriormente citados, en establecer una facultad a los padres para poder designar a cualquier persona como el encargado de la guarda y custodia.

El artículo 282 en su fracción II del apartado B, faculta al Juez de lo Familiar para poner al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, por lo que el comentario referido en el párrafo anterior es aplicable también a este artículo, en el sentido de que el Juez de lo Familiar en ningún momento pondrá al menor al cuidado de un tercero.

A mi modo de ver, la regulación de la transmisión de la guarda y custodia es escasa en la legislación, por lo que es necesario realizar modificaciones afines al Código Civil para establecer claramente la posibilidad de realizar dicha cesión. De la misma forma, enunciar en que supuesto se puede ceder a un pariente del menor, en cuales a un tercero y para este caso establecer que sólo se podrá hacer de manera temporal y excepcional, así como los distintos procedimientos mediante los cuales sería posible realizar la transmisión, atendiendo las circunstancias específicas de cada caso.

4. Relación entre la guarda y custodia con las visitas y convivencias

Las visitas y convivencias son consideradas como la facultad que tienen las personas que carecen de la guarda y custodia de un menor para convivir con él. La ley regula el derecho de visita y convivencia en el artículo 416 Bis, que menciona que: “los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aun cuando no vivan bajo el mismo techo”. De la redacción del citado artículo, se desprenden que el derecho de visitas y convivencia pertenece al menor, no a la persona que ejerce la patria potestad.

El artículo comentado en el párrafo anterior, concede al menor el derecho de visita y convivencia con sus demás ascendientes, al señalar que no se puede impedir las relaciones personales entre ellos; solamente mediante alguna causa que justifique dicha prohibición, para lo cual cualquiera de los ascendientes puede pedir al Juez de lo Familiar que resuelva lo conducente atendiendo el interés superior del menor y llevará a cabo una audiencia con el menor.

Anteriormente, se regulaba en el artículo 417 el derecho ampliado a todos los parientes y no solamente a sus ascendientes. Con la actual redacción, el derecho de visita y convivencia del menor se limitaría sólo a los abuelos, sin embargo, la siguiente tesis amplía ese derecho a un mayor número de personas con las cuales el menor puede convivir:

DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. PERSONAS RESPECTO DE LAS QUE RIGE. Aunque en la práctica forense no se ha desarrollado suficientemente el derecho de visitas y convivencias, éste no solamente vincula al menor con sus padres, sino también rige en relación con sus parientes (abuelos, tíos, primos), allegados y amigos.²⁶

El origen histórico del derecho de visita se presentó por primera vez como la posibilidad de que unos abuelos pudieran ver y “visitar” a su nieto en el domicilio

²⁶ Tesis: I.5o.C.110 C, 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Agosto de 2010; Pág. 2268.

de su madre que era su residencia habitual, este suceso se dio el 8 de julio de 1857 en la *Cour de Cassation* francesa; desde esta fecha se comenzó a llamar derecho de visita, siendo la doctrina francesa la primera en estudiarlo.²⁷ En la actualidad, el derecho de visitas y convivencias ha adquirido una gran importancia dentro del derecho familiar, no obstante que por muchos años fue una institución con poca trascendencia y de carácter accesorio frente a otras instituciones de gran solidez en México, como el matrimonio. Por esta razón, opera plenamente no sólo dentro del matrimonio, sino después de roto o fuera de él, es decir, en concubinatos, relaciones de hecho, entre otras.

En lo concerniente a una definición del derecho de visitas y convivencias, encontramos que se define a la convivencia como: “vivir con alguien. Vida en compañía de otros u otra; cohabitar. Puede ser el disfrute en compañía de varias personas, compartiendo lecho, mesa y habitación.”²⁸ Para otra definición más precisa, encontramos dentro de la Jurisprudencia una tesis que nos brinda el concepto del derecho de visitas y convivencias:

DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. SU CONCEPTO.

*Es una institución fundamental del derecho familiar en México, que tiene como finalidad regular, promover, evaluar, preservar y, en su caso, mejorar o reencausar la convivencia en el grupo familiar respecto de menores y, por ello, se encuentra por encima de la voluntad de la persona a cuyo cargo se encuentre la custodia del menor, por tratarse de un derecho humano principalmente dirigido a él, aunque también favorezca indirectamente a sus ascendientes y a quienes conforman dicho grupo.*²⁹

Conviene, sin embargo, advertir que el concepto descrito abarca principalmente al establecimiento de una convivencia supervisada³⁰ y no al derecho común, por así decirlo, de las visitas y convivencias. Por otro lado, el

²⁷ Rivero Hernández, Francisco, *El derecho de visita*, José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1997, p. 21.

²⁸ Magallón Ibarra, M. (coord.), *op. cit.*, nota 4, p. 93.

²⁹ Tesis: I.5o.C. J/32 (9a.), 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro IX, Junio de 2012, Tomo 2; Pág. 698.

³⁰ Este tipo de convivencia la analizaremos en el siguiente punto de este capítulo.

derecho de visitas y convivencias no sólo se encuentra por encima de la voluntad de la persona que tiene a su cargo la custodia del menor, sino que también está por encima de las personas que realizan las convivencias, ya que si éstas implican algún peligro para la integridad física, psicológica o emocional del menor, no podrán llevarse a cabo, tomando como justificación la protección del interés superior del menor.

Otra situación que menciona la tesis y que no deja muy en claro si el denominado “*grupo familiar*” es la familia nuclear o a la extensa; si es a la extensa, surge la duda de hasta qué grado de parentesco los parientes tiene derecho a las visitas y convivencias con el menor. Si bien anteriormente vimos que el derecho de visitas y convivencias puede considerarse extensivo, es necesario delimitar claramente quienes podrían tener el derecho de convivir con el menor, siempre y cuando no se vulneren los derechos del menor.

Una definición más sobre el derecho es la que presenta Isabel Morán González en el libro *Custodia compartida y protección de menores*, en donde cita a García Cantero para decir que “*el derecho de visitas es un derecho de contenido puramente afectivo que autoriza a su titular a expresar o manifestar sus sentimientos hacia otra persona exigiendo, la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin;...*”³¹. Esta definición al afirmar que es un derecho de contenido meramente afectivo limita el alcance que tiene este derecho, ya que también cuando se está llevando a cabo la convivencia entre el hijo y el padre, éste último debe de cumplir con todos los deberes relativos a la guarda y custodia por tener en ese momento el cuidado inmediato del menor.

Es oportuno ahora hablar sobre el denominado régimen de visitas, que es el tiempo que convive con el padre que no posee la guarda y custodia. Según la Licenciada Elizabeth González Reguera³², lo más común es que se establezca un

³¹ Morán González, Isabel, “El ministerio fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor”, en Tapia Parreno, J. (director), *op. cit.*, nota 17, p. 75.

³² Congreso Internacional de Derecho Familiar, Lic. Elizabeth González Reguera, *Guarda y Custodia del menor. Los niños ante el divorcio de sus progenitores*. <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-195s.pdf>

régimen de visitas de fines de semana alternos y periodos vacacionales a la mitad para cada padre, pero que cada día se convienen regímenes de visita más amplios introduciendo algún día entre semana y detallando todo lo relacionado a la forma, el lugar y los tiempos. Existe una tesis que nos brinda el concepto legal de lo referente al régimen de visitas y convivencias:

*RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. SU CONCEPTO LEGAL. El régimen de visitas y convivencias legalmente se refiere a la manera en la que se ejercerá el derecho de visitas y convivencias, derivado de un acuerdo o por determinación judicial, pero siempre que previamente sea debidamente escuchado el menor, para estar en condiciones de resolver en cada caso conforme a su interés superior.*³³

Un régimen de visitas implica el establecimiento de distintos días y horas específicas en las cuales el menor puede convivir con el padre que no tenga la guarda y custodia, así como con los demás parientes con los que el menor quiera convivir. Este régimen se puede establecer de mutuo acuerdo por ambos padres o en caso de no llegar a un arreglo será el Juez de lo Familiar quien determine los días y horarios de las visitas y convivencias, sin embargo, aunque la ley lo prevé no siempre es posible que el menor sea escuchado para poder establecer el régimen de visitas conforme a su interés, ya que en algunas circunstancias el menor aún no tiene la capacidad suficiente como para poder expresar claramente su deseo, debido a su mismo desarrollo psicobiológico. Pero sí, es muy importante escucharlo dentro de lo posible antes de fijar algún régimen de visitas y convivencias ya que, como recordaremos, el derecho de convivir es esencialmente del menor y siempre será responsabilidad de los padres establecer lo mejor para sus hijos.

Las convivencias pueden tener distintas modalidades; la convivencia directa, cuando el menor se ve en persona con sus padres y sus parientes se considera como la más propicia para el desarrollo emocional en el menor. El

³³ Tesis: I.5o.C.120 C, 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Agosto de 2010; Pág. 2341.

Juzgador no sólo puede resolver ésta como única, sino que atendiendo al interés superior del menor y a las distintas circunstancias del caso en particular puede ordenar múltiples formas de convivencia, como nos lo dice la siguiente tesis:

RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. MODALIDADES PARA SU IMPLEMENTACIÓN. El derecho de visitas y convivencias se refiere a cualquier forma de comunicación humana que tiende a estrechar los lazos familiares, por ello, al implementar el régimen respectivo, el juzgador debe resolver acorde con las circunstancias de cada caso, para lo cual cuenta con una gama muy amplia de posibilidades para promover la convivencia, la cual puede darse mediante una carta o un telegrama, una llamada telefónica, un correo electrónico, una videoconferencia, una reunión o una estancia por horas, días o semanas, pues lo que trasciende es que todas son formas de convivencia que propician el trato humano, aunque sin lugar a dudas ello ocurre con mayor intensidad cuando las personas directamente se ven, se dan afecto y se conocen mejor; debiendo prevalecer siempre en las modalidades que se adopten, el derecho de los menores, conforme a su interés superior.³⁴

Al lado de ello, la tesis que ahora voy a expresar nos menciona cual es el fin que persigue el establecer el derecho de visitas y convivencias, recordando que la esencia de este derecho se encuentra cimentada en las relaciones humanas así como en la comunicación entre personas que conjuntamente, enriquecen espiritual y afectivamente dichas relaciones:

DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. SU FINALIDAD. El derecho de visitas y convivencias tiene como finalidad la búsqueda incesante del desarrollo pleno del menor por medio de la implementación o fortalecimiento de los lazos entre él y sus familiares, en los casos en que los vínculos afectivos se han resquebrajado, ya que bajo esas condiciones no son fáciles las

³⁴ Tesis: I.5o.C. J/26, 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Junio de 2011; Pág. 1036.

*relaciones humanas, por existir serias dificultades para verse y relacionarse normalmente. Ello trasciende a las relaciones sociales que alcanzan en los menores una dimensión aun mayor que la simplemente familiar, dado que actualmente se hace indispensable una concepción de relaciones humanas que comprometa otros núcleos sociales.*³⁵

La importancia del establecimiento de visitas y convivencias radica en que durante la convivencia el menor y sus parientes se brindan afecto; se llegan a conocer mejor a través del diálogo que puedan entablar, de esta forma se fortalecen los lazos afectivos entre ellos y generan en el menor tranquilidad, armonía y felicidad. Por otro lado, el fortalecer los lazos familiares origina que el menor adquiera cualidades que fomenten las habilidades para desarrollarse no sólo dentro de la familia sino incursionar dentro de distintos grupos en la sociedad. Asociado a este punto la siguiente tesis nos da una interesante reflexión de por qué el derecho de visitas y convivencias es importante desde la visión de la Psicología:

DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. LA IMPORTANCIA DE SU EJERCICIO DESDE EL PUNTO DE VISTA PSICOLÓGICO. Desde hace muchos años, los estudios de especialistas en psicología han dado cuenta de la influencia que tiene el medio en que viva el futuro adulto en sus primeros años y sobre todo el afecto del que se vea rodeado durante su infancia y primera juventud; ya que todo el potencial del niño y del joven, dependerá de las condiciones en que se desarrolle dentro de su núcleo familiar y social, pues cuando se ve envuelto en crisis familiares, de lo que por cierto no tiene culpa alguna, se pueden generar serias distorsiones en su personalidad, complejos, angustias, sinsabores, desinterés por su desarrollo y en muchas ocasiones por su vida. De ahí que desde el

³⁵ Tesis: I.5o.C. J/33 (9a.), 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro IX, Junio de 2012, Tomo 2; Pág. 699.

*punto de vista psicológico el ejercicio del derecho de visitas y convivencias es de gran importancia para el desarrollo del menor.*³⁶

Al respecto se ha mencionado³⁷ que se ha constado que los niños que poseen regímenes regulares de visitas desde el primer año de separación matrimonial se encuentran en mejores condiciones de equilibrio y competencia social que los que han carecido inicialmente de las visitas pero que después las han obtenido, les siguen los que las han tenido pero las relaciones con el padre que no tiene la guarda y custodia se perdieron; y finalmente los que nunca han tenido un régimen de visitas son los peores ajustados socialmente.³⁸

Aquí vale la pena hacer una pequeña digresión, con la finalidad de analizar en que consiste el tan citado interés superior del menor. Isabel Morán González en el libro *Custodia compartida y protección de menores*, menciona que la determinación de este interés:

*...exige una concreción distinta en cada caso y la ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto, ámbito escolar, familiar, entorno, relaciones con los padres, en definitiva la minuciosa valoración de las relaciones familiares, para adoptar decisiones que en ningún caso puedan afectar a los hijos menores, miembros de la familia que deben ser objeto de especial salvaguardia. Es la necesidad de lograr tras el procedimiento soluciones justas y equitativas, para todas las partes pero especialmente para los hijos.*³⁹

Esto nos lleva a analizar, que el interés superior del menor debe servir de guía para la autoridad en el momento en que interviene en la esfera de derechos

³⁶ Tesis: I.5o.C. J/20, 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Junio de 2011; Pág. 963.

³⁷ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, nota 27, p. 33.

³⁸ Con sano criterio, podemos hacer varias observaciones; en primer lugar las visitas no sólo proceden de una separación matrimonial, si bien el estudio trata de presentar una cuestión de un carácter muy general no se puede utilizar como un parámetro para los menores, debido a que cada situación y cada menor son muy diferentes y dentro del desarrollo social del menor también influyen otros aspectos, desde la educación que recibe en casa como la interacción que tenga dentro de los diferentes grupos sociales con los que interactúa como en la escuela.

³⁹ Morán González, I., *op. cit.*, nota 31, p. 75.

del menor, sin embargo, como explica la autora Mónica González Contró⁴⁰: “no se refiere al interés que el niño pudiera tener en el cumplimiento de sus deseos o inclinaciones, sino aquel que es más importante por ser un requerimiento para la vida y el desarrollo y que por tanto puede desplazar otras exigencias, ya sean de otras personas o grupos, e incluso del mismo niño.”

Respecto al concepto de desarrollo y bienestar integral de los menores de edad la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que éste en principio comprende: el derecho a conocer a sus padres y que ellos lo cuiden; el derecho a preservar las relaciones familiares; a no ser separado de sus padres salvo que esto se haga en base al interés superior del menor; el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su familia; a protegerlo de cualquier perjuicio, abuso físico o mental, descuidos o tratos negligentes, explotación incluyendo el abuso sexual; y el derecho que tiene todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.⁴¹

Quisiera añadir que, el interés superior del menor no sólo se ve reflejado dentro de las legislaciones nacionales, sino que su protección ha llegado a plasmarse dentro de algunos tratados internacionales. Por ejemplo, dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16 menciona, entre otras cosas, que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre menciona que todo niño tiene derecho a protección, cuidados y ayuda

Por último, señalemos en pocas palabras la relación entre el derecho de visita y convivencia con la guarda y custodia. No es difícil observar que, conforme a lo que hemos analizado las visitas y convivencias al igual que la guarda y custodia son derechos preponderantemente pertenecientes al menor; sin embargo, la guarda y custodia sólo puede recaer en los padres, abuelos o alguna institución de asistencia social, en tanto que las visitas y convivencias se pueden

⁴⁰ González Contró, Mónica, *Derechos Humanos de los niños: Una propuesta de fundamentación*, p. 405.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2541/9.pdf>

⁴¹ Silva Meza, J. y Valls Hernández, S., *op. cit.*, nota 16, p. 184.

extender hasta otros parientes y allegados siempre y cuando se esté actuando conforme al interés superior del menor.

5. Derechos y obligaciones que se desprenden de las visitas y convivencias

Como hicimos mención en el punto anterior, el derecho de visitas y convivencias corresponde eminentemente al menor, por lo que los padres tienen la obligación tanto de permitir las como de realizarlas. En el artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal en su fracción VI, regula que el ascendiente que obstaculice el ejercicio del derecho de visita puede ser sancionado con la suspensión de la patria potestad. Por otro lado, las visitas y convivencias pueden ser limitadas conforme al tercer párrafo del artículo 416 Bis, del ordenamiento anteriormente citado, establece que el derecho de visitas puede limitarse o suspenderse por el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o por poner en peligro la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos. En el primer supuesto respecto al incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza sólo es aplicable a quienes ejercen la patria potestad, no respecto a los demás parientes que no tienen que cumplir con dicho deber; en cuanto a poner en peligro la salud e integridad del menor es aplicable para cualquier persona que sostenga las visitas y convivencias con el menor.

Las visitas y convivencias al ser un deber que se encuentran dentro de la patria potestad, en el momento en que se declara la pérdida⁴² de ésta última, se podría considerar que tanto derechos y obligaciones que se desprenden de ella también se perderían, sin embargo, como nos los menciona la siguiente tesis, tenemos que recordar que el derecho es del menor y debe prevalecer sobre cualquier situación el interés superior del menor.

PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA NO SE CONTRAPONA CON EL DERECHO DE VISITAS. Aun cuando la pérdida de la patria potestad lleve consigo la pérdida de derechos por parte de quien ha sido sancionado de esa forma, no puede afectarse a quien sin ser

⁴² Las hipótesis de pérdida de patria potestad fueron analizadas en el capítulo anterior.

*parte en la controversia, tiene derecho a convivir con el progenitor al cual se ha privado de la patria potestad, y que dada su minoría de edad no puede actuar sino mediante la representación de quien actuó precisamente como contraparte de aquél; por consiguiente, en respeto al derecho que tiene el menor de convivir con sus progenitores, aun cuando éstos ya no vivan juntos, derecho que se encuentra consignado en la Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual es signante este país, es de estimarse que corresponde al juzgador determinar lo procedente respecto a las convivencias familiares entre el hijo y el progenitor que ha perdido la patria potestad, a efecto de establecer si éstas son o no contrarias al interés del niño, y en su caso precisar las condiciones en que tal derecho se ha de ejercitar.*⁴³

Dentro del aspecto subjetivo del derecho de visitas encontramos a varias personas implicadas en el ejercicio de este derecho; por un lado se encuentran los titulares, ya que pueden reclamar frente a alguien las relaciones con el menor dado su situación jurídica y su reclamación está protegida por el ordenamiento jurídico. Para quienes tienen la guarda y custodia del menor, el ejercicio del derecho de visita se podría considerar como una carga ya que debe facilitar el cumplimiento de las visitas. Finalmente, es el menor quien tiene especial protagonismo en este tipo de relaciones personales, además de la titularidad que en ciertos casos puede tener para reclamarlas en interés propio, éste es el más importante y será determinante para dar la concesión, los alcances, el contenido, la modificación y hasta la supresión de las visitas.⁴⁴

Una situación excepcional dentro de las visitas y convivencias son las llamadas convivencias supervisadas. Este tipo de convivencia es la convivencia familiar que se establece entre un padre o madre, familiares ascendentes y colaterales hasta el cuarto grado y su(s) hijo(s), ante la presencia de una tercera persona independiente y neutral, que se desarrolla al interior del Centro de

⁴³ Tesis: I.4o.C.81 C, 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXI, Mayo de 2005; Pág. 1499.

⁴⁴ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, nota 21, pp. 79 y 80.

Convivencia Supervisada del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, de acuerdo con el Artículo 2, fracción VI del Reglamento que fija las bases de organización y funcionamiento de este Centro.

El Centro de Convivencia Supervisada⁴⁵ brinda tres diferentes servicios, se encarga de supervisar la entrega de un menor por el padre o tutor que ejerce la guarda y custodia al padre que no la ejerce y que tiene derecho a convivir con él, así como la vigilancia que posteriormente se requiere para el regreso del menor, en este supuesto la convivencia no se realizan dentro del Centro, sino que el personal del Centro sólo se limita a supervisar la entrega y regreso del menor, para protegerlo del riesgo derivado de la fricción que pudiera existir entre ambos padres. Otro de los servicios que brinda es la evaluación psicológica, que es el proceso mediante el cual se puede determinar las características sobresalientes de la personalidad de los individuos sometidos a esta evaluación, que se realiza con una metodología específica para auxiliar al juzgador en el proceso jurisdiccional de los padres. Y el último servicio que ofrecen son las convivencias supervisadas.

Los servicios de convivencia supervisada así como la entrega o regreso del menor, concluyen con el procedimiento judicial, sea por sentencia ejecutoriada o por convenio judicial; también si ya transcurrieron dos años de duración, aunque hayan comenzado como convivencia y hayan cambiado a entrega o regreso de menor, o viceversa. Excepcionalmente se puede extender este período por un lapso mayor, que no excederá a un año, previa determinación de la Autoridad Judicial junto con la opinión del Centro y una valoración psicológica, esto conforme al artículo 12 del Reglamento que fija las bases de organización y funcionamiento del Centro de Convivencia Familiar Supervisada vigente.

Analizando esta temporalidad que establece el Reglamento no encontramos explicación que nos diga el por qué la limitación de este servicio, aunque se podría atribuir a la carga de trabajo y la demanda que tienen para la prestación de su

⁴⁵ La creación de este Centro surgió como una aportación para la sociedad buscando la protección y mejoramiento del entorno de los menores sujetos a procesos judiciales por separación de sus padres, se le considera un lugar seguro para el pleno desarrollo de los encuentros paterno-filiales.

servicio; llegamos a la conclusión que no sería muy conveniente para el menor el convivir con sus parientes dentro de este ambiente tan vigilado, controlado y restringido. Las convivencias para que sean fructíferas se deben de desarrollar en un ambiente libre, en donde el menor se relacione de una manera natural, realizando todo tipo de actividades encaminadas al esparcimiento del menor. Sería poco productivo y emocionalmente desgastante para el menor convivir con el padre que no tiene la guarda y custodia o con otros parientes en las instalaciones del Tribunal; pero de momento no existe otra forma mediante la cual se pueda asegurar la integridad del menor y su derecho a las visitas y convivencias.

CAPÍTULO TERCERO. LA MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTO EN MATERIA FAMILIAR

1. El concepto de mediación y su clasificación

El concepto de mediación tiene un origen multidisciplinario al reunir aportaciones de diversas disciplinas. La mediación se allega de varias disciplinas, como son, entre otras, la Psicología, la Sociología, el Derecho, la Antropología Cultural, el Trabajo Social, la Pedagogía, la Teoría de los Sistemas, la Conflictología, los Métodos y Técnicas de la negociación y de resolución de conflictos, los Métodos y Técnicas de Investigación, y otras afines¹.

Desde un punto de vista jurídico, la mediación es parte de los métodos alternativos de solución de conflictos (*MASC*)². “Los MASC constituyen formas de *empoderamiento* de la ciudadanía, pues con ellos se responsabiliza a los particulares de sus propios problemas y se convierten en agentes activos de la solución a los mismos.”³. Además, son medios para ampliar el acceso a la justicia, porque conforman una vía para atender los conflictos que por su cuantía o sus características difícilmente llegarán a los tribunales.

La implementación de los medios alternativos dentro del sistema judicial, logra procedimientos más cortos y por lo tanto menos costosos para la solución de conflictos, en donde el cumplimiento voluntario de los acuerdos se da gracias a la flexibilidad y confidencialidad que rigen estos mecanismos. En nuestro país los medios alternativos se incorporaron en el ordenamiento jurídico federal a partir de la reforma al artículo 17 constitucional del 18 de junio de 2008, que señala en su párrafo cuarto: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias...”. Sin embargo, la primera ley de justicia alternativa en el país se

¹ Romero Navarro, Fermín, *Hacia el estatuto científico de la mediación. Una propuesta de áreas temáticas que articulan un proyecto docente de formación universitaria en mediación familiar*, I Congreso Internacional de Mediación y Conflictología. Cambios sociales y perspectivas para el siglo XXI. Sevilla, 2011. <http://dspace.unia.es/bitstream/10334/1691/6/1Romero.pdf> -Última fecha de consulta: 08 de abril del 2014.

² También suele denominárseles como Mecanismos Alternativos de Resolución de conflictos (MARC), Resolución Alternativa de Conflictos (RAC) o ADR como siglas de Alternative Dispute Resolution.

³ Fierro Ferráez, Ana Elena, *Manejo de conflictos y mediación*, México, Oxford, 2010, p.18.

promulgó en el estado de Quintana Roo en 1997 y en el transcurso de los últimos años se ha promulgado sobre el tema en diversos estados de la República.

Enfocándonos a la mediación, podemos decir que se ha institucionalizado dentro de la mayoría de los Tribunales de la República. En el Distrito Federal, desde el primero de septiembre de 2003, se incorporó como vía alternativa a la jurisdiccional en el servicio de administración de justicia, prestando a la ciudadanía el servicio de mediación familiar.

El uso de los diferentes medios alternativos contribuye a generar un cambio en la conducta de las relaciones humanas, facilitando una mejor calidad de vida y promoviendo la paz social. Son definidos como sistemas de negociación asistida, mediante los cuales las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial que actúa como favorecedor y conductor de la comunicación. Los interesados asumen su protagonismo en la búsqueda de alternativas posibles de solución y controlan por sí mismas el proceso cuyo desarrollo es rápido e informal. La decisión a que eventualmente arriben es elaborada por ellas mismas y no por un tercero, como en el caso de un pronunciamiento judicial.

Las principales ventajas que se tienen de los mecanismos alternativos de resolución de disputas comparados con la vía judicial tradicionalmente utilizada para dirimir los conflictos, son las siguientes: son más rápidos, menos onerosos, privados y confidenciales; se desarrollan en un entorno y un clima adecuados para el tratamiento del conflicto; brindan a los participantes la posibilidad de gestionar su propio acuerdo; son efectivas, voluntarias y neutrales en donde puede o no haber la intervención de un tercero.

Algunos *MASC* pueden ser verdaderamente alternativos en el sentido de que en algunos casos pueden llegar a sustituir ciertos medios dentro de la solución de controversias; otros, en cambio, se consideran complementarios a los medios tradicionales de solución de controversias.

Una forma de clasificar éstos métodos consiste en dividirlos en autocompositivos y hetereocompositivos; dentro de la primera clase, la solución a la controversia se da por la negociación entre los participantes sin una relación de

subordinación a un tercero. Al ser autocompositivos, las propias personas en conflicto son las que de manera colaborativa contribuyen a la solución al mismo, aportando opciones reales y viables a fin de construir acuerdos y dirimir su controversia en forma satisfactoria para los dos, para su presente y su futuro. En los métodos heterocompositivos, el tercero que interviene en el proceso de resolución del conflicto se le reconoce autoridad para imponer o no a las partes la solución que crea más justa en base al derecho o a las máximas de equidad. Atendiendo otro tipo de circunstancias, algunos medios alternativos de solución de conflictos pueden ser obligatorios, como ocurriría en el caso de alguna disposición legal obligue a agotarlos previamente a un juicio; o pueden ser voluntarios, cuando queda al arbitrio de las partes el agotarlos o no.⁴

Podemos encontrar dentro de los de medios alternativos de solución de controversias los siguientes⁵: el primero se conoce como *Pequeño juicio*, en este procedimiento se realizan reuniones organizadas por los abogados de las partes, en las que se simula en forma abreviada una especie de juicio en donde se exponen y debaten los argumentos e incluso se analizan pruebas, pretensiones y defensas de las partes a fin de evaluar las perspectivas de sus posiciones antes de emprender formalmente un juicio o procedimiento arbitral, esto pueda dar como resultado una solución rápida, económica y amistosa que permite a las partes continuar con sus vínculos de negocios.

El segundo es el denominado *Juicio privado o "rente un juez"*; aquí las partes seleccionan a un abogado, que suele ser un juez retirado, para que resuelva la controversia en forma privada, aunque obligatoria, aplicando la ley estatal. También encontramos dentro de los medios alternativos el llamado *Arbitraje derivado*, en donde cualquiera de las partes puede solicitar al juez que está conociendo de la causa, que el asunto sea remitido al arbitraje de un abogado que designe el juez; o bien el juez puede remitir el asunto al arbitraje; en

⁴ Estavillo Castro, Fernando, *Medios alternativos de solución de controversias*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr25.pdf> -Última fecha de consulta: 08 de abril del 2014.

⁵ La mayoría de ellos no se encuentran reconocidos en el derecho mexicano, pero se encuentran reconocido en gran medida por la comunidad internacional.

ciertas legislaciones esta forma de arbitraje puede ser obligatoria y la resolución es apelable ante los tribunales ordinarios.

El cuarto procedimiento consiste en la integración de un jurado que escucha los argumentos de las partes, generalmente sin recepción de pruebas ni examen de testigos para emitir un veredicto no obligatorio, es de gran utilidad cuando las partes no tienen una percepción realista del asunto controvertido y desean someterlo al examen imparcial de un jurado para evaluar sus posiciones en anticipación a un juicio real, este procedimiento se llama *Juicio sumario ante jurado*. Otro procedimiento es el de *Oyente neutral*, aquí las partes seleccionan a una persona que le reconocen confianza, méritos y experiencia; las partes le hacen llegar su mejor propuesta que analiza el oyente neutral para determinar si las propuestas están lo suficientemente cercanas para poder llevar a cabo una negociación.

Los dos siguientes *MASC* se utilizan más para resolver cuestiones técnicas; el primero son las *Determinaciones por experto neutral*, se puede utilizar cuando las partes tienen desacuerdo en cuestiones técnicas pueden acordar que un experto intervenga para emitir un dictamen que puede ser o no obligatorio, se limita al análisis de los hechos examinados desde un punto de vista estrictamente técnico sobre cuestiones de secretos industriales o comerciales, problemas de propiedad intelectual o aspectos técnicos especializados. El otro procedimiento es muy similar en cuanto a que se utiliza en problemas principalmente de patentes o secretos industriales; consiste en un acuerdo mediante el cual las partes confían la resolución de su conflicto aun tercero llamado adjudicador, quien analiza la información proporcionada y emite su opinión desde el punto de vista estrictamente técnico y no obligatoria, se le conoce como *Decisión no obligatoria*.

El octavo *MASC* es la *Adaptación de contratos*, este procedimiento permite que un tercero independiente adapte los términos de un contrato actualizándolo para llenar ciertas lagunas contractuales para hacerlo operativo; es un mecanismo útil en contratos a largo plazo, atendiendo que las circunstancias futuras al momento de la celebración del contrato en algunos casos no son previsibles y pueden cambiar drásticamente. Considerando que en del derecho mexicano la

teoría de la imprevisión no es aplicable automáticamente, sino que se necesita hacer la solicitud para la modificación del contrato dentro de los treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios y debe indicar los motivos sobre los que está fundada. La solicitud de modificación no confiere, por sí misma, al solicitante el derecho de suspender el cumplimiento del contrato. En caso de falta de acuerdo entre las partes dentro de un término de treinta días a partir de la recepción de la solicitud, el solicitante tiene derecho a dirigirse al juez para que dirima la controversia. Dicha acción deberá presentarse dentro de los treinta días siguientes. La *Adaptación de contratos* proveería un mecanismo alternativo para resolver el problema en menor tiempo y con un respaldo técnico especializado, ya que en algunas cuestiones el Juez puede que no sea tan conocedor de la materia del contrato⁶.

Pasando a otro medio alternativo, dentro del campo del derecho internacional público las partes pueden consultarse entre sí cuando surja algún evento, una circunstancia urgente o relevante, o ante un conflicto inminente para adoptar medidas pertinentes con la finalidad de no afectar sus relaciones, este procedimiento es denominado *Consulta*. En este procedimiento pueden pactar que se realizarán consultas periódicas, mencionar que temas se tratarán habitualmente y dejando abierta la posibilidad de incluir temas eventuales. Un procedimiento usual dentro del derecho internacional público es el denominado *Buenos oficios*, aquí ante alguna controversia que surja entre las partes, un tercero ofrece su intervención amigable para persuadirlas de aceptar un medio pacífico de solución y así evitar un deterioro en la relación. Otro MASC es la *Investigación*, en este procedimiento un tercero independiente, que puede ser una persona física, una institución o una comisión, investiga el hecho que da origen a

⁶ Recordaremos que la teoría de la imprevisión afirma que la fuerza obligatoria del contrato debe ceder para ajustar las cláusulas, este ajuste o revisión debe ser realizado por un Juez teniendo así el poder de pasar sobre los términos del contrato, equilibrando las prestaciones adaptándolo a las nuevas condiciones económicas, impidiendo que sea sumamente oneroso para una de las partes y muy favorable para la otra. Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, 6a. ed., México, Oxford, 2010, p. 174.

En el Código Civil para el Distrito Federal se comenzó a regular mediante el decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 22 de enero del 2010, donde se reforma el artículo 1796 y se adicionan los artículos 1796 BIS y 1796 TER.

la controversia para poder resolver su desacuerdo mediante la aclaración de ese hecho; el resultado de la investigación no es obligatorio, pero les permite a las partes llegar a valorar objetivamente su conflicto.

Dentro de los medios alternativos de solución de conflictos quizás el más conocido es la *Conciliación*. En este procedimiento un tercero, llamado conciliador, guía a las personas en conflicto para poder establecer una comunicación entre ellos a fin de lograr una solución. El conciliador puede proponer una solución a los participantes, esta solución no es obligatoria sino que se constituye como una sugerencia que pueden adoptar o no. Pese a que dentro del derecho mexicano la conciliación no es una figura nueva, el tipo que se conoce y se practica es diferente al concepto que se desprende de los medios alternativos de solución de controversias. Sin entrar en generalizaciones, algunos de los ejemplos clásicos de Conciliación conocidos en México:

- Juicios laborales de la Ley Federal del Trabajo, artículos 873, 875 y 876.
- Conflictos colectivos laborales de naturaleza económica, conforme al artículo 901 de la Ley Federal del Trabajo.
- Procedimientos de huelga, Ley Federal del Trabajo, artículos 926 y 927.
- Juicio ordinario civil, artículo 272-a del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.
- Controversias entre consumidores y proveedores, artículo 111 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.
- Casos de concurso mercantil para solucionar los conflictos entre comerciantes y sus acreedores reconocidos, artículos 3° y 145 de la Ley de Concursos Mercantiles.
- Conflictos relacionados con operaciones de comercio internacional en que intervengan importadores o exportadores domiciliados en la República Mexicana, artículos 31 y 34 del Reglamento Orgánico del Banco Nacional de Comercio Exterior.

- Conflictos surgidos con motivo de la interpretación o aplicación de la Ley Federal del Derecho de Autor se substancia ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor, artículo 218 fracciones IV y V.⁷

Otro de los medios alternativos más conocidos es el *Arbitraje*, aquí interviene un tercero ajeno que determina la solución a las partes; no es un simple comunicador que acerca a las partes y que les propone una o varias soluciones o les ayuda a que por ellos mismos encuentren la solución, sino que es él quien emite una resolución que goza de carácter obligatorio. Para que funcione es necesario que previamente las partes hayan aceptado, de común acuerdo, someterse a este medio de solución. Para que el arbitraje pueda llevarse a cabo podemos citar los siguientes presupuestos que son parte fundamental para resolver una controversia a través de éste procedimiento:

- a) Que exista un contrato en donde esté incluida la *cláusula compromisoria*, que es un apartado dentro del contrato en virtud del cual las partes estipulan que en caso de surgir una contienda jurídica entre ellas se someterán a un arbitraje para su arreglo.
- b) También se pueda dar por un *compromiso arbitral*, que es el acuerdo pactado entre las partes, una vez que ya se ha suscitado una controversia jurídica entre ellas para que sea dirimido por medio del arbitraje.
- c) Finalmente se debe tener un contrato arbitral o de arbitraje, que es donde se consignan las obligaciones y derechos de los árbitros en relación con las partes, así como el plazo para resolver, los honorarios a cubrir entre otros aspectos que pactan los contendientes y el árbitro designado mediante su acuerdo de voluntades.⁸

En nuestro país existen diversas instituciones y organismos administradoras del arbitraje, dentro de las instituciones podemos mencionar a la Comisión de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, el Centro de Arbitraje de México (CAM) y el Centro de Arbitraje

⁷ La Ley Federal del Derecho de Autor le denomina procedimiento de avenencia, pero sustancialmente lo que se lleva a cabo es una conciliación.

⁸ Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Marco jurídico del arbitraje nacional, regional e internacional*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2776/16.pdf> -Última fecha de consulta: 08 de abril del 2014.

de la Industria de la Construcción (CAIC). Los organismos que tienen entre sus funciones fungir como árbitros en los conflictos que las partes interesadas acuerden expresamente someterles su conflicto son: la Procuraduría Federal del Consumidor, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros, el Instituto Nacional del Derecho de Autor, entre otros. Los laudos, que son las resoluciones que ponen fin al arbitraje, emitidos por estos organismos, sólo pueden ser ejecutados por los jueces competentes y no por los organismos arbitrales.⁹

La regulación del procedimiento arbitral se encuentra en el título octavo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que fue reformado en 2009, esta reforma intento adaptar parcialmente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL¹⁰, pero el texto reformado parece demasiado breve e insuficiente. En principio todas las personas que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles pueden solucionar sus conflictos a través del arbitraje, pero la ley excluye expresamente cuestiones pertenecientes al derecho familiar como el derecho a recibir alimentos, la nulidad del matrimonio y el divorcio; del mismo modo no se puede someter al arbitraje las cuestiones relativas al estado civil de las personas. En cuanto al divorcio si se puede comprometer en árbitros, cuestiones de separación de bienes y demás cuestiones puramente pecuniarias.

Hemos dejado para el final al MASC que es el tema principal de este capítulo: la *Mediación*. Dentro de la mediación, el diálogo entre los participantes en conflicto se da a través de la intervención de un tercero llamado mediador para intentar que éstas lleguen a una solución mutuamente satisfactoria. Es muy similar a la conciliación con la diferencia de que el conciliador puede dar propuestas de solución en caso de que considere que las personas se encuentran atoradas en el conflicto y no vean otras alternativas de solución; por otro lado, el mediador no

⁹ Ovalle Favela, José, *El juicio arbitral en materia civil*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3228/27.pdf> - Última fecha de consulta: 08 de abril del 2014.

¹⁰ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) O Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

puede dar directamente propuestas de solución, todas las soluciones tienen que salir de los mediados a fin de hacerlos responsables de sus propios actos.

De la misma forma, es importante advertir que la mediación y el arbitraje encuentran su diferencia en su metodología; el arbitraje se asemeja al proceso jurisdiccional por la solemnidad y la estructura del mismo y el actuar del árbitro es muy similar al de los jueces ordinarios; por el contrario, la mediación se basa más en la cooperación y creatividad de las personas en conflicto, el mediador busca que las partes tengan un acercamiento para formular estipulaciones de manera voluntaria, libre y que promuevan la reducción de las diferencias existentes, para que ambos resulten ganadoras y así eliminar la visión de que la otra persona es nuestro adversario al que tenemos que derrotar.

Continuaremos la exploración del concepto de la mediación, ahora desde el punto de vista de la doctrina; aquí podemos encontrar que la mayoría de los autores integra algunos de los principios básicos de la mediación dentro de cada definición que elabora. Una primera definición que mencionaremos es la que elabora Ana Elena Fierro Ferráez:

La mediación es un proceso en el que se da una negociación asistida por un tercero neutral e imparcial y que se desarrolla en forma confidencial. Los participantes actúan de manera voluntaria y cooperativa en la búsqueda de una solución tendiente a la reparación de sus intereses de acuerdo con el principio de ganar-ganar.¹¹

Lo que podemos resaltar de este concepto son las ideas de que la mediación es una negociación asistida por un tercero; tal vez a esta definición sólo le faltaría hacer mención del grado de intervención de este tercero. Por otro lado es importante destacar el principio de ganar-ganar que persigue la mediación, porque en ella no hay vencedores ni perdedores, trata de encontrar soluciones que sean benéficas para ambos mediados y en donde dejan de ser enemigos para convertirse en colaboradores que persiguen un mismo fin, terminar con el conflicto.

¹¹ Fierro Ferráez, A., *op. cit.*, nota 3, pp.27 y 28.

Prosiguiendo con el tema, Rubén Calcaterra menciona que desde el principio de sus experiencias la interrogante gira entorno a la posibilidad de conformar un campo autónomo para la mediación; la construcción de un concepto tiene que ver con la necesidad de dar respuesta a esa interrogante y la conformación de un sistema de conocimiento que pueda ser transmitido, buscando conceptos útiles para superar el sentido figurado de la mediación. Calcaterra ha sostenido que ésta, como un medio de resolución de disputas:

*...es un proceso que, con la dirección de un tercero neutral que no tiene autoridad decisional, busca soluciones de recíproca satisfacción subjetiva y de común ventaja objetiva para las partes, a partir del control del intercambio de la información, favoreciendo el comportamiento colaborativo de las mismas.*¹²

El autor referido nos menciona que las soluciones que se buscan dentro de la mediación son de satisfacción subjetiva recíproca porque cada uno de los mediados debe tener la convicción de que la solución a la cual llegaron es la mejor, pero no sólo esto, sino que de facto esa solución genere beneficios recíprocos. Por otro lado, el mediador es quien tiene el control del procedimiento; utilizando diversas técnicas filtra la información necesaria para que las personas tengan apertura y puedan generar diversas soluciones a su conflicto.

Un concepto más que podemos aludir sobre la mediación es el que da el Comité Asesor del Proyecto de Mediación en México, es un concepto que enfoca a la mediación como un medio que mejora la comunicación de los mediados para que puedan explorar los distintos campos donde se dan sus conflictos, con el propósito de encontrar la solución enfocada a sus necesidades y posibilidades para que sea la más convincente y se cumpla voluntariamente. La definición es la siguiente: “Procedimiento orientado a facilitar la comunicación entre los mediados en conflicto, con el objeto de explorar los intereses, sentimientos y emociones subyacentes, a fin de procurar acuerdos que se cumplan por convicción.”¹³

¹² Calcaterra, Rubén Alberto, *Mediación estratégica*, México, Ed. Gedisa Mexicana, 2006, p.32.

¹³ Comité Asesor del Proyecto de Mediación en México, *Principios de la mediación*, 18 de octubre de 2002, p.8. http://apps.americanbar.org/rol/publications/mexico_principios_mediacion_sp.pdf -Última fecha de consulta: 08 de abril del 2014.

Hay otro aspecto al cual quiero hacer mención, no es tanto un concepto de mediación pero nos demuestra el por qué la mediación, en algunos casos, puede llegar a ser el método más propicio para resolver conflictos:

La mediación es el procedimiento al que se recurre cuando las partes no han podido entenderse por sí solas ni a través de sus abogados o representantes. La magia de la mediación consiste en ayudar a la gente a cambiar sus “percepciones” acerca del problema que las aflige. Y modificar la percepción del problema significa poder mirarlo desde otro lugar.¹⁴

Por lo general, la gente busca solucionar sus problemas por sí mismos, sólo acude a pedir ayuda a otras personas cuando considera que el problema los ha superado y es posible que lleguen a sentirse estancados en su conflicto. Es ahí donde entra la mediación a hacer su “magia”, ya que cuando las personas comienzan a percibir el problema de forma diferente pueden generar nuevas perspectivas que le son útiles para llegar a una solución. La analogía de la mediación con la “magia” surge porque en ambas situaciones al principio la realidad parece ser una que es inmutable, pero el mago y el mediador logran transformar esa realidad para convertirla en otra que se encontraba inadvertida para las personas.

Finalmente, un concepto que en lugar de describir la mediación, describe lo que es todo el procedimiento de mediación; los puntos sustanciales de esta definición a mi parecer son que el tercero neutral carece de poder de resolución, que utiliza diversas técnicas para mejorar la comunicación y enfocar a las personas para poner fin al conflicto a través de la construcción de acuerdos nivelados. El concepto es de Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez que a continuación transcribiremos:

El procedimiento voluntario para ayudar a que dos o más personas encuentren la solución a un conflicto en forma pacífica, en el que interviene un tercero neutral carente de poder de resolución,

¹⁴ Diez, Francisco y Tapia, Gachi, *Herramientas para trabajar en mediación*, Paidós, Buenos Aires, 2006, p.23.

*quien, utilizando diversas técnicas para lograr una buena comunicación, las apoya no sólo facilitando un diálogo a través de un esfuerzo estructurado, sino también enfocándolas en sus necesidades y sus intereses reales dentro de una negociación cooperativa, con el propósito de que, por el mutuo reconocimiento de los mismos y de su corresponsabilidad en las causas que dieron lugar al conflicto, pongan fin a su controversia, construyendo un acuerdo equilibrado y de mutua satisfacción que refleje su voluntad y les permita resolverla en forma privada.*¹⁵

Volvamos ahora la mirada hacia la legislación; en la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal en su artículo 2º fracción X, se define a la mediación como el “procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia, a las cuales se les denomina mediados, buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial denominado mediador.”

Para concluir, el concepto que nosotros consideramos de la mediación es el siguiente: *“Es un medio de resolución de conflictos, en donde dos o más personas, con la asistencia de un tercero imparcial y carente de poder decisional, intentan solucionar su conflicto a través del diálogo para poder satisfacer sus necesidades de manera recíproca y pacífica.”*

Ahora abandonaremos el concepto de mediación para avocarnos a su clasificación. 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 provienen de las distintas formas de relación social. La aplicación de la mediación se da en dos grandes ámbitos, el privado y el público.

Dentro del ámbito privado, por lo común, la mediación se ofrece en organismos de tipo empresarial o instituciones como clínicas, escuelas, institutos y por profesionistas privados en consultorios o despachos. Es un servicio particular

¹⁵ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, 2a. ed., México, Oxford, 2009, pp. 316 y 317.

en donde el mediador o la institución que brinda este servicio se constituye como un profesional independiente que presta sus servicios de manera remunerada o gratuita para solucionar todo tipo de conflictos. En el ámbito público, la mediación tiene lugar dentro de las instituciones del Estado, como en las Procuradurías de justicia, Universidades, las Secretarías, los Tribunales, entre otros, donde se aplica como un auxiliar de la justicia.

Habría que decir también que la mediación comunitaria, otra forma de clasificación, ha tenido un desarrollo muy grande en los Estados Unidos y ha comenzado a fomentarse en nuestro país; apuesta por reforzar el ejercicio de la ciudadanía, se dirige a los conflictos que se producen por compartir el espacio, los servicios, las relaciones y desafíos. La mediación comunitaria aboga por la reconstrucción de la convivencia y de los vínculos sociales a partir de la participación voluntaria y activa de los ciudadanos en conflicto¹⁶. Entre los objetivos de la mediación comunitaria se pueden señalar el de mejorar la comunicación, la comprensión mutua y la empatía entre los miembros de la comunidad (individuos, entidades y asociaciones).¹⁷

Debemos agregar un ámbito más donde la mediación puede ser útil; nace en los Estados Unidos en la década de los sesentas y se ha ido extendiendo por todo el mundo, nos referimos a la mediación escolar que consiste en la intervención no forzada de una tercera persona imparcial, en la mayoría de los casos son los mismos alumnos quienes reciben la capacitación para realizar las intervenciones que ayudaran a los miembros de la comunidad escolar a resolver o transformar su conflicto por ellos mismos. A partir de la mediación escolar se pueden facilitar a maestros y profesores los contenidos que sirvan para trabajar el apartado de actitudes, valores y normas. Tiene como objetivos primordiales, abordar los aspectos negativos y destructivos del conflicto y transformarlos, eliminando la violencia y destructividad que habitualmente generan así como

¹⁶ Puentes, Salvador y Hernández, Martha, *La mediación, un acercamiento a la justicia comunitaria*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, México, 2009, pp. 67 y 68.

¹⁷ Márquez Algara, María Guadalupe, *Mediación y administración de justicia. Hacia la consolidación de una justicia participativa*, Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2004, p.97.

convertir las situaciones conflictivas que se viven diariamente en clase en oportunidades de aprendizaje.

Otra forma de clasificar a la mediación es por la materia, en el Distrito Federal se divide en civil-mercantil, penal y familiar. La mediación civil va dirigida a todos los ciudadanos que se encuentren involucrados en una situación de conflicto respecto a los derechos y deberes que emanan de una relación entre particulares, sean personas físicas o morales, en tanto no involucren cuestiones de derecho familiar. En materia mercantil, las que deriven de relaciones entre comerciantes, en razón de su participación en actos de comercio, considerados así por las leyes correspondientes.

Las ventajas de la mediación civil-mercantil son: la disminución acentuada de litigios; la incorporación de la cultura del acuerdo dando como resultado una real y efectiva descarga de los tribunales; produce mayor éxito en pequeños conflictos, ya que para las personas es más fácil llegar a un acuerdo cuando sólo se involucran cuestiones patrimoniales; se logra que ambas partes lleguen a un acuerdo que los deje satisfechos, un acuerdo en el que ambas vean reflejada su voluntad para realizar determinadas acciones que pongan solución a su conflicto que los llevó a mediación.¹⁸

A diferencia de la mediación civil-mercantil; en materia penal, la intervención de la mediación se da en el marco de la justicia restaurativa¹⁹, en

¹⁸ *Ibidem*, pp.102-104.

¹⁹ La justicia restaurativa parte de la idea de que la intervención punitiva del Estado debe ser mínima, basándose en que la lucha contra el crimen es más exitosa si se incluye en el procedimiento a la víctima y a la comunidad, para dar al delincuente la oportunidad de responsabilizarse ante la víctima tanto moral como económicamente. Se da a través de un proceso donde las partes involucradas resuelven de manera colegiada cómo tratar las consecuencias del delito y sus implicaciones en el futuro. Trata de estimular la capacidad para resolver los conflictos a través del diálogo pacífico y generar en la comunidad un ambiente de civilidad, en donde cada persona asuma la plena responsabilidad de sus actos; la víctima tiene la oportunidad de encararse con el infractor y manifestarle de manera directa cómo ha afectado su actuar en su vida, produciendo un gran impacto psicológico en el inculpado al enfrentar de manera directa la magnitud de sus actos. En cierta medida, se reduce el índice de criminalidad empero, las ventajas que se ofrecen nunca será la panacea que resuelva el alto índice de criminalidad, pues esta situación depende también de otros factores. Pero momentáneamente, es la mejor alternativa para la procuración de justicia en los delitos no graves. Meza Fonseca, Emma, *Hacia una justicia restaurativa en México*, <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2010/CAPACITACION%20ESPECIALIZADA/bardales/Hacia%20una%20Ju>

donde el tratamiento de las controversias entre particulares, originadas por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales del Distrito Federal, siempre que se persiga por querrela de parte ofendida y en cualquier caso no considerado grave perseguible de oficio, se da únicamente en cuanto a la reparación del daño. En materia de justicia para adolescentes, se da dentro del mismo marco, respecto de controversias originadas por las conductas tipificadas como delitos en las leyes penales del Distrito Federal, ejecutadas por personas mayores de doce años y menores de dieciocho años de edad, con la condición de que dichas conductas no sean consideradas como delitos graves.

De este modo, una de las ventajas que ofrece la mediación penal y justicia para adolescentes es que se provee a la víctima u ofendido condiciones necesarias para expresar lo que siente; al presunto responsable se le da la oportunidad de disculparse y enmendarse al percibir el impacto provocado por su conducta haciéndose responsable de las consecuencias materiales derivadas de la consumación del hecho delictuoso; todo en un ambiente cooperativo, apacible y seguro. Al mismo tiempo, la reparación y el perdón resultan ser un fin más constructivo que la tradicional respuesta punitiva de la prisión como espacio de reinserción social; el inculpado puede enmendar de manera significativa el daño provocado, tanto espiritual, intelectual y materialmente.

Por último, a través de la mediación familiar se trata de obtener soluciones con el menor dolor posible para las partes y en donde no se profundice la disputa mediante actuaciones de ataque y defensa, que no resuelven las causas que dieron origen al conflicto pero que si pueden llegar a aumentarlo de manera considerable. Como hemos mencionado la mediación no es un procedimiento infalible; tampoco reconstruirá el amor que se ha perdido, sin embargo a través de ella se pueden terminar relaciones en forma civilizada y sin afectar tanto a los hijos, devolviendo a las partes en conflicto la capacidad para negociar, respetarse mutuamente y generar acuerdos.

En el procedimiento de mediación familiar una de las prioridades es remarcar la importancia que tienen los hijos menores de edad, pero de manera especial el interés superior del menor dentro del procedimiento, aunque los menores nunca se encuentren físicamente durante la mediación. Al mismo tiempo, ayuda que los padres en el proceso de ruptura dejen de confrontarse para ganarse la confianza de los hijos; trata de fomentar un contacto permanente entre ellos para que puedan compartir el rol materno-paterno que, pese a la interrupción de su convivencia, siempre lo tendrán. En materia familiar, la mediación puede ayudar en las controversias que deriven de las relaciones entre las personas que se encuentren unidas en matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia o, aun cuando no se encuentren en dichos supuestos, tengan hijos en común; entre personas unidas por algún lazo de parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil.

2. Principios rectores de la mediación de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.

Todo lo dicho hasta ahora sirve de base para poder llegar a analizar los principios que rigen a la mediación. Los principios que rigen a la mediación pueden variar respecto a cada legislación, pero conforme al artículo 8 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal²⁰ son principios rectores del servicio de mediación, los siguientes: Voluntariedad, Confidencialidad, Flexibilidad, Neutralidad, Imparcialidad, Equidad, Legalidad y Economía. Examinemos brevemente cada uno de los principios rectores.

El primer principio a analizar es el de voluntariedad. En la fracción I del artículo citado en el párrafo anterior, menciona que “La participación de los particulares en la mediación deberá ser por propia decisión, libre y auténtica”. Analizando esta fracción, el concepto de participación libre se refiere a que no debe existir coacción alguna entre las personas que se presenten a mediación; la

²⁰ En referencias siguientes en el texto para abreviar se mencionará esta ley sólo como Ley de Justicia Alternativa.

partición auténtica es aquella que se considera cierta y real, es decir, que se demuestre fehacientemente, que no deje lugar a dudas.

De acuerdo con el Comité Asesor del Proyecto de Mediación en algunas legislaciones la mediación es una instancia obligatoria, pero entendiendo como obligatorio sólo el hecho de asistir a las reuniones iniciales de mediación, que suelen ser informativas y valorativas para las personas involucradas, tanto para el mediador como para los mediados. En ningún caso debe entenderse que la obligatoriedad es para llegar a un acuerdo.²¹

Esta línea de argumentación genera opiniones encontradas. Por un lado está la opinión de que la mediación debe ser voluntaria desde el inicio, que no se puede obligar a las personas para que asistan, ni siquiera a una plática informativa, el acercamiento de las personas a la mediación debe ser por su propia voluntad. Por otro lado, la mediación puede considerarse como una instancia obligatoria previa a cualquier controversia; el propósito con el cual se busca hacer esto es para depurar los asuntos que las personas quieren someter a la consideración de un Juez para que sólo los estrictamente necesarios se den trámite dentro del Juzgado y así ir poco a poco generando una cultura de paz en la sociedad y disminuir la enorme carga que tiene el Tribunal.

Recientemente, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal hizo algunas reformas publicadas en su Gaceta Oficial el día 19 de junio del 2013 al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que afectan al principio de voluntariedad; en el artículo 55 párrafo cuarto quedo regulado que si el Juez advierte que el asunto es susceptible de solucionarse a través de la mediación, ordenará a las partes acudir obligatoriamente al procedimiento de mediación para que intenten llegar a un acuerdo que ponga fin a la controversia, además decretará la suspensión del juicio hasta por dos meses.

Las modificaciones también afectaron al Código Civil para el Distrito Federal en lo concerniente al procedimiento de divorcio en el artículo 287 párrafo segundo y tercero, éste artículo establece que el Juez de lo Familiar decretará el divorcio y la obligatoriedad de que las partes acudan al procedimiento de mediación para

²¹ Comité Asesor del Proyecto de Mediación en México, *op. cit.*, nota 13, p.3.

llegar a un acuerdo para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial que se señalan en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal²², en caso de que no pudieran llegar a un acuerdo se tendrá que resolver vía incidental.

Sin embargo, poco tiempo duró esta modificación ya que, con fecha del 08 de agosto del 2013, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal se hizo la modificación de la obligatoriedad por el término de exhortar en los mismos artículos que mencionamos con anterioridad, el artículo 55 del Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal y el artículo 287 del Código Civil para el Distrito Federal. El Juez ahora no obligará a las partes a que acudan a la mediación sino que las exhortará para que se acerquen a conocer este servicio. El cambio era previsible, sin embargo, no fue de lo más acertado ya que el concepto exhortar dentro del ámbito judicial tiene otras implicaciones; consideramos que existen otros términos como sugerir, motivar, incitar, entre otros que sin generar tantas complicaciones pueden cumplir con la misma finalidad que se busca.

Si en algún momento se llega a dar el establecimiento de la obligatoriedad de la mediación sólo podría verse como una forma de difundirla, pero tan pronto la mediación sea bien conocida se tendría que suprimir la obligatoriedad, debido a que el hecho de que las personas acudan voluntariamente antes de ir a los tribunales mejorará los resultados notablemente.

²² Dichas consecuencias son las siguientes : I. La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces; II.- Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos; III.- El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento; IV.- Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje; V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; VI.- En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos o que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

Dejando de lado el tema de la obligatoriedad dentro de la mediación y continuando con la voluntariedad, Marinés Suares la relaciona profundamente con el concepto de protagonismo, los participantes que se involucran en el procedimiento de mediación deben de tener mayor interacción entre ellos y no tanto con el mediador, ya que:

...la voluntariedad no se agota en el hecho de que cada participante quiera estar y colabore con el proceso de la medición... Ser protagónico implica considerarse autor, agente de las acciones que se desarrollan y de los discursos y narrativas que se construyen. Pero además, implica sentirse responsable por las consecuencias buenas o malas de las acciones y de los discursos que se realizan.²³

Es una razón más que nos demuestra que el principio de voluntariedad es fundamental dentro de la mediación; cuando las personas asumen su papel como protagonistas tanto del conflicto como de la solución, junto con el *empoderamiento*²⁴, se da un cambio en las personas que aumenta su confianza de tal manera que pueden asumir la responsabilidad de sus actos y asumir las consecuencias de los mismos.

Quisiera añadir que el principio de voluntariedad lo consideran aplicable también al mediador, en la razón de que por ningún motivo puede ser obligado a iniciar o llevar a cabo un procedimiento de mediación. El mediador puede suspender o dar por terminada una sesión si se da cuenta que un mediado actúa de mala fe; también cuando la mediación sea improductiva para las personas o cuando por alguna circunstancia se declare incompetente para continuar con la mediación²⁵. Estos supuestos no pueden ser considerados como el principio de voluntariedad aplicable al mediador, porque en el fondo no es a voluntad del mediador el iniciar, continuar o dar por terminado el procedimiento conforme a su

²³ Suares, Marinés, *Mediando en sistemas familiares*, Edit. Paidós Mexicana, México, 2009, p. 31.

²⁴ El *empoderamiento* proviene de la palabra inglesa Empowerment, que es una herramienta de la medición utilizada para fortalecer en las partes su propia conciencia de todo lo que pueden hacer; los mediados deben sentirse capaces de tomar las decisiones necesarias para resolver su conflicto. Díez, F. y Tapia, G., *op. cit.*, nota 14, p. 47.

²⁵ Baqueiro Rojas, E. y Buenrostro Báez, R., *op. cit.* nota 15, p. 327

parecer, sólo lo puede dar por terminado si se actualizan los supuestos que con antelación mencionamos.

En suma, el principio de voluntariedad constituye uno de los pilares de la mediación y se refiere a que todos los que intervengan en la mediación participen por su propia decisión sin coacción de algún tipo. No sólo implica que los mediados estén presentes físicamente en las sesiones, sino que participen en la generación de propuestas encaminadas a la solución de su conflicto, así como tener la apertura suficiente para escuchar las distintas propuestas que la otra persona tenga para resolver el conflicto. Para finalizar, un punto importante, como examinaremos más adelante, es que la voluntariedad es al mismo tiempo una de las limitantes de la mediación, ya que sin la concurrencia de la voluntad no se puede llevar a cabo el procedimiento.

El siguiente principio que vamos a estudiar es el de confidencialidad; este principio sujeta tanto al mediador como los participantes a no divulgar lo que sea mencionado dentro de las sesiones de mediación. Este principio presenta una única excepción para el mediador cuando la información proporcionada por alguno de los mediados se refiera a un ilícito penal, tiene la obligación de hacerlo del conocimiento de la autoridad, conforme al artículo 21, fracción XIII de la Ley de Justicia Alternativa.

La confidencialidad se establece con la finalidad de que en la mediación se aborden situaciones de fondo; ayuda a generar un espacio de confianza en el que los mediados pueden expresar a plenitud todas sus ideas y sentimientos a lo largo del procedimiento. Así mismo, por ser un procedimiento confidencial, el intercambio de propuestas se da de manera directa entre las partes, sin terceros que tergiversen o que den consejos que impidan llegar a acuerdos que sean satisfactorios y sustentables.

Otra cuestión relativa a este principio es que el mediador y cualquier otra persona que coadyuve durante el procedimiento no pueden ser citados para comparecer como testigos en algún juicio, en caso de que la mediación no resultara ser el camino para resolver su conflicto. Este principio se menciona al inicio de la primera sesión, cuando el mediador informa a los participantes la

importancia y alcances que tiene la confidencialidad; además solicita su compromiso respectivo para guardar absoluta confidencialidad de los temas que serán materia de la mediación durante todo el procedimiento en general. “Lo que se trata en la sesión de mediación queda dentro de la sesión, salvo claro acuerdo en contrario.”²⁶

Fundándose en la confidencialidad, las sesiones de mediación se celebran en privado, es decir, que sólo deben estar presentes en la mediación las personas directamente involucradas y se deben excluir a las personas que no estén relacionados directamente con el conflicto. La confidencialidad limita a los mediados de hacer mención a cualquier otra persona sobre lo dialogado en la mediación.

Esta limitación se establece porque es muy común que las personas que mantienen una relación afectiva con nosotros nos den su opinión personal o consejo sobre algún problema que tengamos cuando se lo contamos, lo hacen pensando por lo que ellos consideran que será nuestro bienestar; sin embargo, es lo que piensa otra persona sobre nosotros y si llegáramos a tomar una decisión en base a esa opinión sería como si esa otra persona decidiera por nosotros. Lo fundamental dentro de la mediación es tener la consciencia de que las decisiones son generadas en la base de lo que cada uno sabe que puede hacer, ya que cada uno conoce sus propias limitaciones y lo que es mejor para sí mismo. Por esta razón, es muy importante respetar el principio de confidencialidad.

La materialización de este principio se da cuando en forma conjunta los mediados y el mediador firman el convenio de confidencialidad en la primera sesión de mediación y concluye cuando ellos mismos destruyen al final toda la información anotada durante el procedimiento que sirve de apoyo al mediador para llevar la agenda de los temas desarrollados por los mediados y en su caso para redactar el convenio.

²⁶ Fierro Ferráez, A., *op. cit.*, nota 3, p.29. Es muy difícil poder encontrar cuestiones que puedan salir de la mediación, lo único que realmente pueden tratar los mediados fuera de ella es en relación a las dudas que puedan tener sobre los efectos que jurídicamente puedan tener las decisiones que vayan a tomar, para eso el mediador les puede sugerir que vayan a una asesoría jurídica y este puede ser ese claro acuerdo que permita a los mediados mencionar parte de lo que dialogaron en la mediación.

La finalidad de este principio es hacer sentir a los mediados la certeza de que lo que platicuen dentro de las sesiones no será divulgado; y como mencionamos es una de las características de mayor importancia ya que, al garantizar esto a los mediados, se atreverán a comunicar con mayor libertad sus intereses, necesidades y emociones de tal forma que se pueda lograr acuerdos que los satisfagan.²⁷

Una de las principales ventajas del principio de confidencialidad, como mencionamos con antelación, es la protección que se les da a los mediadores al encontrarse explícitamente exentos para actuar como testigos en un procedimiento judicial si la mediación no haya podido rendir frutos. Por otro lado, la mayor desventaja es la dificultad para compartir experiencias que surgen de las sesiones, ya que muchas pueden llegar a ser un gran cúmulo de experiencia para futuros mediadores; sin embargo, esta desventaja puede ser surcada al pedirles su autorización para compartir la experiencia con fines académicos; en algunos lugares las mediaciones pueden ser gravadas en video previa autorización de los mediados²⁸.

He citado ya dos principios pilares de la mediación; otro que se considera fundamental es el principio de flexibilidad. En un sentido simple la flexibilidad se entiende como la facilidad para ceder y salir de toda forma rígida. “El procedimiento de mediación se desarrolla sin formalidades procesales y se adapta a las necesidades de los participantes.”²⁹ Es aquí donde la mediación encuentra otra gran diferencia con el procedimiento jurisdiccional, en donde el segundo está lleno de formalismos procesales, de los cuales si no se llega a cumplir alguno todo el procedimiento podría no ser válido.

Conforme a la fracción III del artículo 8 de la Ley de Justicia Alternativa vigente, la mediación al partir de la voluntad de los mediados carecerá de toda forma rígida. Por lo tanto, los mediados tienen la capacidad de obviar algunos

²⁷ Baqueiro Rojas, E. y Buenrostro Báez, R., *op. cit.*, nota 15, pp. 327 y 328.

²⁸ Por ejemplo, el Reglamento del Centro de Mediación del Poder Judicial del Estado de Querétaro Arteaga, en su artículo 24 prevé que las reuniones de mediación se pueden grabar, previa autorización de los mediados, las grabaciones son confidenciales y serán destruidas una vez utilizadas exclusivamente para el análisis y estudio tendiente a la capacitación continua de los mediadores.

²⁹ Fierro Ferráez, A., *op. cit.*, nota 3, p.29.

pasos, avanzar en algunas etapas en el procedimiento y luego retroceder para trabajar cuestiones que pudieron dejarse pendientes por la complejidad del asunto, convenir de qué forma y orden se va a desarrollar el procedimiento, todo con el fin de que los mediados puedan obtener un resultado benéfico a sus necesidades.

La flexibilidad dentro de la mediación es la razón principal de que dicho procedimiento sea más breve que otros procedimientos, debido a que encuentra su única limitante en la capacidad creativa del mediador, para conducir el procedimiento, y de los mediados para ir construyendo sus acuerdos. Prosiguiendo con el tema, el mediador no limita la duración de las sesiones entre los mediados³⁰, sólo puede darla por concluida cuando los recursos disponibles para llegar a un acuerdo se hayan agotado, o uno o más mediados no tengan la disposición de generar acuerdos o se utilice a la mediación como un espacio más de confrontación.

Hemos mencionado que la mediación es un procedimiento y en ese sentido posee una estructura dividida en distintas etapas con reglas mínimas de dirección; empero, la mediación no debe interpretarse como un procedimiento rígido ni como un procedimiento carente de etapas, principios o reglas, sino uno que se adapta para dar amplia libertad de tal manera que se puedan alcanzar acuerdos eficientes y satisfactorios. En resumen, la flexibilidad dentro de la mediación consiste en la adaptabilidad que se tiene para que las personas en conflicto utilicen los elementos que optimicen el procedimiento y puedan generar acuerdos que pongan fin al conflicto.

Ahora pasemos a tres principios que en su concepción general pueden considerarse muy similares, pero que en lo particular tienen grandes diferencias respecto de su contenido. Mediante el primer principio que mencionaremos, el mediador mantiene una postura y mentalidad de no ceder a sus propias

³⁰ El artículo 33 de la citada Ley de Justicia Alternativa nos menciona que la duración de la mediación será la que resulte suficiente en atención a la complejidad de la controversia. Ya dentro de la práctica de mediación es muy difícil que una mediación llegue a más de cuatro sesiones, pero si pueden presentarse casos extraordinarios en que superen ese número de sesiones.

inclinaciones o preferencias durante todo el procedimiento de la mediación; sustrae sus puntos de vista relacionados con el conflicto para ayudar a los mediados a que construyan sus propios acuerdos. Nos referimos al principio de neutralidad, quizás el más complicado de llevar a la práctica, ya que el mediador no puede emitir juicios, opiniones o soluciones sobre los asuntos tratados y sobre todo debe respetar las decisiones que adopten los mediados.

El mediador es un tercero que interviene en el conflicto de las personas pero que no dará la solución al conflicto, ni las juzgará; su función es como la de un espejo transformador en donde el mediador les devuelve una imagen distinta de ellos. Debe de tener autocontrol durante el procedimiento de mediación para no ceder a apreciaciones subjetivas que lo puedan inducir a colocarse en favor o en contra de alguno de los mediados. Adoptar este tipo de postura no es nada sencillo ya que el mediador también tiene valores, sentimientos y creencias que forman parte del mismo y de los que no puede desprenderse. Tal y como nos corrobora Francisco Diez y Gachi Tapia:

Decimos que es imposible ser neutral no sólo porque uno como mediador tiene sus propios valores y experiencias que es difícil dejar afuera, sino también porque al entrar en interacción con las partes en la mediación, ya, en ese mismo momento entra dentro de su sistema de percepciones. Y sólo por eso, ya es absolutamente imposible no influir en ellas.³¹

Lo fundamental de este principio es que el mediador no influya en las personas, pero también que no se deje influenciar por los sentimientos, actitudes, rituales, hechos pasados o presentes que expresan los mediados; tiene que tener un comportamiento ecuánime donde no intervengan los sentimientos, creencias o valores que él tiene. El mediador es un ser humano y por lo tanto no puede desprenderse de su naturaleza emocional, sólo una máquina podría no sentir emoción alguna.

³¹ Diez, F. y Tapia, G., op. cit., nota 14, p. 90.

Continuando con el principio de neutralidad, mencionaremos la distinción que hace Marinés Suares respecto si este principio es un medio o un fin:

Si la neutralidad es un medio, el mediador deberá actuar imparcial y equidistantemente durante todo el proceso, como si fuera de piedra, y sin que sus valores, prejuicios, creencias, etcétera, trasciendan...esto resulta imposible, ya que el mediador está siempre actuando; aun en el caso de que no haga nada está interviniendo, de acuerdo con el primer axioma de la teoría de la comunicación que dice que es imposible no comunicarse...el mediador no puede dejar de lado sus creencias y sus valoraciones, las cuales no pueden no trascender en sus actuaciones.³²

Al ver la neutralidad como un medio nos damos cuenta de que es muy complicado llevarse a cabo, pero es la postura ideal que debe adoptar un mediador en todo procedimiento, pero si al contrario:

...pensamos que el objetivo de la mediación es lograr un acuerdo, y es para este acuerdo para el cual se reserva el concepto de neutralidad, o sea que nuestras diferentes formas de intervención estarían justificadas en vista de obtener el total protagonismo de los participantes en el momento del acuerdo, entonces sí podría resultar válido permitir a los mediadores realizar distintas maniobras que pasen por alto los conceptos de imparcialidad y equidistancia, o sea se les permitirá hacer alianzas, siempre y cuando esto tienda a crear un papel neutral a la hora del acuerdo y reforzar la equidad del contexto de mediación.

Pero aun en este caso se nos crean problemas.

El primero, y no sin importancia, es: muchos casos no llegan hasta el momento del acuerdo, por lo tanto el proceso de la mediación quedaría viciado.

³² Marinés Suares, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Buenos Aires, 2010, pp. 153 y 154.

*El segundo es: ¿Quién define, y bajo qué parámetros, la neutralidad en el momento del acuerdo?*³³

Al analizar esta forma de distinguir a la neutralidad, nos damos cuenta de que no se puede ver como una finalidad en la mediación, dado que los problemas que surgen son muy grandes como para omitirlos; en primer lugar si el procedimiento queda viciado, lo más seguro es que a las personas no les interese volver a la mediación y si llegan a opinar acerca de ella no le darán la mejor referencia por su experiencia personal; respecto al segundo problema, el propio mediador no podría ser quien defina los parámetros de la neutralidad dentro del acuerdo, tendría que ser quizás un tercero y con esta intervención se rompería uno de los principios fundamentales de la mediación, la confidencialidad, además que el mediador podría sentirse bajo alguna supervisión que incomodaría su trabajo.

Muy similar a lo que sucede con la neutralidad, el principio de imparcialidad llega a tener sus dificultades para ser definido. La imparcialidad es “la actitud de abstención que debe mostrar el mediador para no involucrarse con alguno de los mediados, y tratarlos con absoluta objetividad, sin hacer diferencia alguna”³⁴. Mediante este principio el mediador asume una actitud de no estar a favor de alguno de los involucrados, implica tener equidad absoluta con los mediados.

A fin de evitar situaciones en donde el mediador quede expuesto a consideraciones de parcialidad, el artículo 19 de la Ley de Justicia Alternativa, regula que el mediador se debe excusar antes o durante la sesión de mediación si se presentan los siguientes supuestos: ser cónyuge, concubina o concubinario, socia de convivencia, pariente dentro del cuarto grado por consanguinidad, por afinidad o civil de alguno de los mediados que pidan el servicio de manera personal o en representación de una persona moral; haber mantenido relación laboral o prestado servicios profesionales a alguno de los mediados durante los seis meses inmediatos anteriores a su designación; haber sido o ser abogado, persona de confianza, apoderado o persona autorizada de cualquiera de los

³³ *Ídem.*

³⁴ Baqueiro Rojas, E. y Buenrostro Báez, R., op. cit., nota 15, p. 329.

mediados en algún juicio anterior o presente; ser socio, arrendador o inquilino de alguno de los mediados; cuando exista un vínculo de afecto o desafecto con alguno de los mediados, sus parientes dentro del cuarto grado por consanguinidad, por afinidad o civil; cuando por la especial naturaleza o complejidad de la controversia planteada reconozcan que la limitación de sus capacidades pueda afectar el procedimiento y en general cuando tengan un interés directo o indirecto en el resultado del conflicto.

Empero, si en un determinado momento se presentan “circunstancias donde existen ciertos vínculos que no causarán conflictos de intereses desde su punto de vista, el mediador deberá indicárselo a los mediados y solicitar que ellos decidan, si es apropiada o no, su participación como mediador en su caso particular”³⁵; de cierta forma aquí la imparcialidad encuentra un punto de conexión con la voluntariedad, ya que sería a decisión de los mediados si el mediador puede iniciar o en su caso continuar con el procedimiento de mediación.

Una última observación respecto a este principio es la que nos mencionan Francisco Diez y Gachi Tapia:

Sin embargo, con un poco de experiencia uno a veces percibe que más que una persona imparcial, la gente quiere a alguien que le dé la razón. Si bien ésta no es la idea -no somos jueces para decir si la gente tiene o no razón- sí es cierto que la función de la imparcialidad -no tomar partido por nadie- podría pensarse como multipartialidad, es decir, tomar partido por todos.³⁶

Esta sería otra forma de ver el principio de imparcialidad, donde se considera que el generar un ambiente de confianza y empatía con todos por un lado y por otro ser equidistantes es una tarea complicada; sin embargo, parte del trabajo y capacitación del mediador consisten en poder generar dentro de los mediados confianza para que ellos puedan generar acuerdos que resuelvan sus conflictos, pero por otro lado debe dejar muy claro que no está a favor o en contra de cualquiera de los participantes.

³⁵ Comité Asesor del Proyecto de Mediación en México, *op. cit.*, nota 13, p.5.

³⁶ Diez, F. y Tapia, G., *op. cit.*, nota 14, p. 112.

Desde mi punto de vista, el tomar partido por todos genera más conflictos, tanto entre los mediados como entre éstos y el mediador, ya que algunas personas lo entenderían como si el mediador estuviera jugando a estar del lado de quien tenga la palabra. Haciendo una similitud, es como si en un juego de ajedrez el mediador quisiera jugar con las piezas negras y blancas a la vez, cuando su función debe de ser la de observar que se respeten las reglas y dirigir el procedimiento.

Para finalizar con este principio, mencionaremos que la imparcialidad implica igualdad absoluta con las partes, por lo que en ningún caso se podrá propiciar alguna forma de discriminación, de esta manera el principio se armoniza con el artículo 1° constitucional párrafo quinto y con el artículo 2° del Código Civil para el Distrito Federal.

Al igual que los dos anteriores principios, el de la equidad genera ciertos conflictos al momento de definir ya que conforme al Artículo 8, fracción VI, de la Ley de Justicia Alternativa, impele al mediador a propiciar condiciones de equilibrio entre los mediados, para obtener acuerdos recíprocamente satisfactorios. Se entiende como la capacidad del mediador para mantener la proporción adecuada de poder entre los mediados durante todo el procedimiento, encaminándolos a que lleguen a un acuerdo parejo, que lo perciban como propio, satisfactorio, justo y por lo tanto duradero, en donde sientan que satisfacen sus necesidades y que ambos ganan.

Derivado del principio de equidad, una de las principales responsabilidades del mediador es lograr que la participación de los mediados sea equilibrada; además debe indagar si los mediados entienden claramente los contenidos y alcances de su acuerdo.

“En situaciones de un fuerte desequilibrio del poder, sea por miedo, edad o condición socioeconómica, el mediador debe valorar si es posible compensar la situación, o bien, es preferible recurrir a otro medio para solucionar el conflicto”³⁷. El mediador no está obligado a lo imposible, y la mediación tiene sus limitantes, si

³⁷ Fierro Ferrández, A., *op. cit.*, nota 3, p.30.

bien hay circunstancias en que el mediador da su mayor esfuerzo para encaminar a las personas, la mediación no es ni será el procedimiento que ponga fin a todos los conflictos, por eso siempre existe la posibilidad de que el mediador deje de intervenir en el conflicto para que los mediados busquen otras formas de poner fin a su controversia.

Otro principio más es el de legalidad, por medio de este principio el mediador tiene el papel de agente de la realidad jurídica durante el procedimiento. Aunque en la mediación las personas pueden pactar lo que su voluntad pueda crear, nunca podrán pactar acuerdos que estén fuera de la ley.

Este principio se entiende en términos de la competencia que debe mostrar el mediador para que los mediados se conduzcan de buena fe durante el procedimiento y construyan acuerdos apegados a la ley. Debe hacer saber a los mediados el alcance y las repercusiones de un acuerdo: a) alcanzado con prácticas de mala fe, b) que vaya contra las normas jurídicas.³⁸

En el caso de un acuerdo alcanzado con prácticas de mala fe, puede ser que los mediados no proporcionen la información completa respecto a su situación; por ejemplo en materia familiar una pareja que oculten que tienen bienes generados dentro de la sociedad conyugal; en el segunda caso, como lo mencionamos con anterioridad, pese a que sea la voluntad de las personas llegar a un acuerdo si este se encuentra fuera de los límites establecidos por la ley, el mediador tiene la responsabilidad de informales que dicho acuerdo no se puede llevar a cabo, motivándolos a buscar otras alternativas que satisfagan sus necesidades pero que al mismo tiempo sea legalmente válido.

Como acabamos de mencionar, siempre existe la posibilidad de que el mediador no reciba la información necesaria para poder determinar si un acuerdo se encuentra dentro de lo permitido, por eso debe realizar un trabajo sumamente minucioso y puede allegarse de los medios que estén a su alcance antes de redactar el convenio para que este apegado al principio de legalidad. Antes de

³⁸ Baqueiro Rojas, E. y Buenrostro Báez, R., *op. cit.*, nota 15, p. 331.

continuar es importante mencionar que el mediador no asesora a las personas sobre si el acuerdo al que llegaron es lo más conveniente para sus intereses, por tal motivo, les informa a los mediados que pueden buscar el consejo de un profesional que los pueda asesorar respecto de lo que han acordado o de lo que pueden llegar a acordar antes de firmar un convenio.

Continuando con la aplicación de este principio, para que los acuerdos de los mediados se eleven a un convenio se deben de reunir todos los requisitos que se establecen en la ley, estos requisitos son los que comúnmente conocemos como los de existencia y de validez de cualquier acto jurídico. Dentro de este convenio se debe señalar con precisión dentro de las cláusulas la lista de obligaciones consensuadas por los mediados de dar, hacer, no hacer o tolerar, incluyendo las morales y las convencionales a que llegaron.

Con motivo de éste último comentario existen opiniones encontradas, la primera nos dice que el clausulado debe ser elaborado con los términos que utilicen los mediados, ya que con esas palabras ellos sienten que el convenio fue realizado directamente por ellos y por lo tanto las posibilidades de cumplirlo voluntariamente aumentan. Por otro en algunos casos las palabras utilizadas por los mediados pueden ser tan ambiguas que compliquen la ejecución del convenio, en caso de ser necesario, por parte de algún Juez; en este caso el mediador debe de adaptar los términos que utilicen los mediados a fin de darles la forma legal necesaria. Al respecto podemos decir que lo más propicio sería que el mediador intentara acercar a los mediados a los términos jurídicos más propicios y sólo en caso de que estos términos no sean comprendidos se podría utilizar las palabras que utilizan los mediados y los términos jurídicos que permitan hacer factible su ejecución.

Para finalizar con los principios analizaremos el de economía; “este principio se entiende en términos de la eficiencia de la mediación, esto es, de la utilización y participación racional de los recursos materiales, humanos, pecuniarios y emocionales inherentes al procedimiento para lograr la solución de un conflicto”³⁹. De esta forma, una de las razones principales por las cuales se ha

³⁹ *Ibidem*, p. 332.

dado gran auge a la implementación de medios alternativos de solución de conflictos es en gran medida al principio de economía; aunque la economía también es un principio de los procedimientos jurisdiccionales por lo general siempre implican mayor gasto pecuniario y humano para la autoridad, y también para las personas que acuden ante el juez para dirimir una controversia.

A través del principio de economía se busca acortar el camino de las personas para que puedan tener un mayor acercamiento a la justicia, en el menor tiempo posible, con el menor desgaste físico, emocional y económico. Tiene su fundamento constitucional en el artículo 17, segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en donde se establece que la administración de justicia deber ser gratuita.

3. Etapas del procedimiento de mediación conforme a la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.

Lo que me interesa ahora es explicar cómo se da el procedimiento de mediación en el Centro de Justicia Alternativa, conforme a la Ley de Justicia Alternativa, así como el Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior del Distrito Federal.⁴⁰ En el capítulo quinto de la Ley de Justicia Alternativa se regula el procedimiento de mediación.

En ese capítulo, en el artículo 30, se divide al procedimiento de mediación en cuatro etapas, sin embargo el procedimiento de mediación en su conjunto tiene una etapa previa llamada premediación; esta etapa se encuentra regulada dentro del Reglamento Interno del Centro, en el capítulo V, del procedimiento de mediación, en su sección primera sobre las Disposiciones generales. Podemos decir que el procedimiento comienza cuando la persona acude al Centro de Justicia Alternativa para buscar una solución a su conflicto. El primer contacto que tiene la persona con la mediación se da en el área de Recepción del Centro, que es el primer filtro por el que pasan los asuntos que pueden ser susceptibles de mediación.

⁴⁰ Modificado integralmente por el Consejo de la Judicatura el 1° de octubre de 2013. Al Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior del Distrito Federal, en adelante lo mencionaremos sólo como Reglamento Interno del Centro.

Es ahí donde se formulan las solicitudes de información y de servicios de mediación, son formuladas de manera personal o a través de representante legal. En el caso particular de mediación familiar siempre tiene que ser la persona directamente involucrada, a menos que sea menor de edad que en este caso tendrá que acudir acompañado de su representante legal, ya sea padre o tutor, según sea el caso⁴¹. En mediación civil-mercantil, si se quiere solicitar la mediación a través de representante legal, éste debe de presentar el documento legal con el que acredite su personalidad; finalmente en el caso de la mediación penal y justicia para adolescentes en principio tiene que acudir la persona directamente pero con posterioridad puede nombrar a un representante legal.

Las solicitudes se presentan de manera oral o escrita, en este último caso mediante carta, telegrama, telefacsímil, o correo electrónico. En ambos casos se debe proporcionar los datos generales, tanto del solicitante como del o los invitados. El solicitante debe proporcionar sus datos de nombre, edad, sexo, estado civil, escolaridad, ocupación, domicilio, algún teléfono local o correo electrónico y la forma en como se enteraron del servicio⁴².

El solicitante deberá brindar el nombre del o los invitados, que son las personas o persona con la cual se tiene el conflicto, se tiene la flexibilidad de dar por lo menos un nombre y un apellido de cada persona con la que se tiene el conflicto, así como los datos con los que cuente el solicitante que señalamos al finalizar el párrafo anterior. Cabe mencionar que los datos referentes al nombre y domicilio de los solicitantes e invitados son fundamentales y sin ellos no se puede iniciar el procedimiento de mediación.

⁴¹ Esta regla no la encontramos dentro de la Ley de Justicia Alternativa o del Reglamento Interno del Centro; pero, por ejemplo, en el Reglamento del Centro de Mediación del Poder Judicial del Estado de Querétaro Arteaga en su artículo 18 expresamente hace la excepción de que en los asuntos de carácter familiar deben asistir personalmente los mediados. Asimismo los menores de edad pueden participar directamente con asistencia de quien ejerza la patria potestad o tutor.

⁴² Un aspecto importante que también debería ser proporcionado, pero que no se toma en cuenta, es el relativo a alguna enfermedad o padecimiento que deba conocer el mediador, esto para mayor seguridad. Esto en el Reglamento debería encontrarse estipulado, como sí aparece en el artículo 22 del Reglamento del Centro de Mediación del Poder Judicial del Estado de Querétaro Arteaga.

Todos los datos personales recabados son incorporados y protegidos en el Sistema de Solicitud de Servicio de Mediación de cada área⁴³; los datos proporcionados sirven para identificar un asunto de inmediato, además con ellos se pueden generar datos estadísticos para rendir informes a la superioridad o para tomar decisiones sobre el comportamiento de la demanda del servicio, sin divulgar la personalidad de los solicitantes o invitados del servicio.

La persona o personas que soliciten el servicio deberán presentar una identificación oficial y en su caso el documento que acredite su personalidad en el caso de ser representantes legales; en ambos casos proporcionaran una copia de dichos documentos. Una vez que se le tomaron los datos en el área de Recepción pasará a exponer brevemente su asunto controvertido al mediador que haya sido designado para llevar a cabo la premediación.

El mediador escucha la narrativa del conflicto de la persona, y analiza en relación a las disposiciones aplicables si el conflicto es o no mediable; en caso de que el asunto no sea mediable, se le proporcionará la información de las instancias pertinentes para cumplir sus expectativas. Si el asunto es mediable, el mediador le explica el procedimiento de mediación, las reglas para conducirse dentro de la misma y el alcance que tiene la mediación. La persona interesada al haber recibido la información toma la decisión de aceptar o no el servicio, si acepta firmará la manifestación de su libre voluntad.

En el caso de que tanto solicitante como invitado acudan, se les explica el procedimiento y se explora el conflicto por separado o en conjunto, entrevistándose el mediador con ellos. Toda plática que tenga el mediador con los mediados de manera individual será confidencial, excepto cuestiones que los mediados expresamente manifiesten quieran se retomen en conjunto. Una de las cuestiones que tiene que cuidar el mediador es que la duración de las sesiones con cada mediado por separado dure el mismo tiempo, para tener equidad con ambos.

⁴³ Este sistema recibe el nombre de SICEJA, que es el Sistema Informático del Centro de Justicia Alternativa.

Cuando sólo acude una persona, después de haber firmado la manifestación de la libre voluntad, se le entregará un sobre cerrado que contiene una invitación; se utiliza esta palabra para remarcar el carácter voluntario y la exclusión de toda coacción que tiene la mediación. Conforme al nuevo Reglamento Interno del Centro, en su artículo 41, segundo párrafo, menciona que puede ser entregada al invitado a través del solicitante⁴⁴; por correo, para lo cual el solicitante debe proporcionar el domicilio completo del invitado; o cualquier otro medio efectivo de comunicación⁴⁵.

Esta invitación tiene la finalidad de exponerle a la persona en que consiste el procedimiento de mediación, se le explican las reglas y se le pregunta si quiere llevar acabo el procedimiento de mediación. Otra finalidad es escucharlo para conocer la manera en como él ve el conflicto, pero en ningún momento se le da la información compartida por el solicitante, ya que el principio de confidencialidad sujeta al mediador a no proporcionar dicha información.

En el caso de que el invitado acepte, firmará la manifestación de su libre voluntad de participar en la mediación, se asigna una fecha y hora para que asistan los mediados a su primera sesión. Si el invitado no atiende la invitación, el solicitante puede pedir que se realice una segunda invitación. En el caso de que el invitado no asista a la segunda invitación o que asista pero manifieste expresamente su negativa participar, se cerrará el registro y se le comunicará al solicitante la imposibilidad de llevar a cabo una mediación.

⁴⁴ Esta misma etapa se realiza de forma distinta en el Estado de México; el Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México, en su artículo 6.3 establece que un trabajador social del Centro de Mediación se constituirá en el domicilio de la parte complementaria del solicitante, en el lugar donde trabaje o pudiere localizarla, para invitarla a asistir a una sesión inicial, debiendo asentar la constancia relativa. Respecto a este artículo me gustaría resalta que al invitado aquí se le denomina parte complementaria y que un trabajador social es quien se constituye como si fuera un similar de actuario, pero así es una manera de cómo se puede asegurar de que la otra persona reciba la invitación para iniciar una mediación.

⁴⁵ Lo más común es que el solicitante se lleve la invitación para que la entregue personalmente, en caso de que solicite que se envíe la invitación el Centro lo hace a través del Servicio Postal Mexicano. Aunque la ley prevé que se puedan utilizar otros medios, desafortunadamente aún no se cuenta con parámetros de autenticación de las invitaciones que se puedan enviar, por ejemplo, por correo electrónico o los otros medios se encuentran en desuso, como es el caso del fax.

Es hasta el día y la hora señalados para que se efectúe su primera sesión cuando comienzan las etapas señaladas en el artículo 30 de la Ley de Justicia Alternativa, que la divide en inicial, análisis del caso y construcción de la agenda, construcción de soluciones y final.

La primera etapa denominada inicial, comienza cuando el mediador se encuentra con sus mediados, éstos al llegar a su primera sesión entran en una sala de espera en donde el mediador asignado pasa a preguntar por ellos. El mediador junto con sus mediados se trasladan a la sala de mediación, en donde se les recuerdan las reglas de la mediación que les fueron explicadas en la premediación.

A continuación el mediador les indica las formas y supuestos de terminación de la mediación que se encuentran en el artículo 47 del nuevo Reglamento Interno del Centro y que son las siguientes: cuando aprecie por parte de alguno de los mediados un incumplimiento a las reglas para conducirse en la mediación; si considera que hay falta de colaboración en alguno de los mediados o que estos falten a más de dos sesiones consecutivas sin justificación; que la mediación sea inútil o impracticable para la finalidad; o cuando alguno o ambos mediados lo soliciten.

Una vez explicado esto, los mediados y el mediador firmaran el convenio de confidencialidad, para reafirmar el principio que forma parte de los pilares de la mediación y asegurar de manera formal el compromiso que asumen los mediados y el mediador de no comentar con otras personas ajenas al conflicto lo que se platica dentro de la mediación. Al llegar a este punto es cuando el mediador comienza a tomar la batuta del procedimiento para guiar a los mediados y al mismo tiempo comienza el protagonismo de los mediados, en una primera etapa, con la narración del conflicto. Respecto a la narración del conflicto, recordemos que ya dentro de la premediación se tiene una idea sobre éste, muy sencilla pero fundamental y por primera vez se van a unir ambas historias, que solamente son distintas percepciones de la misma realidad.

La segunda etapa se constituye por el análisis del caso y construcción de la agenda; es importante recordar que no son una serie de pasos que el mediador

tiene que ir llevando uno tras otro, sino que son elementos que les pueden servir o no a los mediados, ya dependerá de ellos como quieren que el mediador les ayude a llevar acabo su procedimiento.

Conforme los mediados van narrando su conflicto, el mediador va identificando los puntos en conflicto y para ello utiliza las técnicas y herramientas con las que cuenta derivadas de su capacitación; va corroborando con sus mediados qué temas son los controvertidos y se depuran los temas que no sean oportunos para la mediación.

En la mediación se trata de resolver un conflicto que las personas por sí mismas no lo han podido hacer y, en este sentido, uno de los aspectos principales es el reconocimiento de la corresponsabilidad, por parte de ambos mediados. El conflicto no lo genera ni una ni la otra persona, surge del choque de dos percepciones distintas, pero que no por eso son excluyentes una de la otra; se trata de comprender que existen puntos de vista distintos al de nosotros. En la mediación se busca generar empatía para comprender al otro y percibir el conflicto de una manera que antes no habían visto las personas.

Es así como llegamos a una de las partes medulares del procedimiento que constituye la identificación de los intereses controvertidos y de las necesidades reales generadoras del conflicto. Dentro del área interna de la realidad del individuo se encuentran los intereses, que están directamente relacionados con el mundo exterior, ya sean personas, objetos o símbolos; las necesidades, que tienen como referencia básica el propio sujeto y en segundo término lo externo; y finalmente las convicciones que tienen un mundo ideal determinado⁴⁶.

Quiero hacer un pequeño espacio para hablar de una característica que se encuentra presente durante todo el procedimiento de mediación e incluso desde la premediación, es la atención al aspecto emocional de los mediados. Tenemos que tener en cuenta que dentro de la mediación se tratan conflictos que invariablemente tienen cierta carga emocional. Si bien, la mediación tiene como finalidad en la mayoría de los casos poner fin a una controversia jurídica, no se

⁴⁶ Diez, F. y Tapia, G., *op. cit.*, nota 14, p.75.

puede separar las emociones y sentimientos que se generan en las personas y que en otros procedimientos no son de importancia.

Retomando las etapas del procedimiento de mediación, al terminar la narrativa inicial de los mediados, el mediador realiza el listado de los temas que van a ser materia de la mediación. Esto constituye la agenda de trabajo, en donde el orden de los temas no es lo importante, sino que sean los temas que los mediados quieren resolver, abarcando todos los conflictos que los llevaron a mediación para buscar una solución.

Una vez identificados los temas que se dialogarán en mediación, se da paso a la tercera etapa del procedimiento que corresponde a la construcción de soluciones. En esta etapa es donde los mediados tienen que mostrar mucha apertura para generar distintas opciones de solución, pensando en cuales podrían ser las distintas alternativas, en este punto es fundamental que el mediador ayude a sus mediados a analizar y valorar las alternativas. De todas las alternativas de solución los mediados decidirán cuáles son las mejores para construir sus acuerdos basados en la cooperación, colaboración y respeto mutuo.

Finalmente llegamos a la etapa de la mediación en donde cada acuerdo al que hayan llegado los mediados será sometido a revisión para cerciorarse de que se tiene el consenso y el consentimiento de ellos para que tengan la convicción de que su acuerdo es satisfactorio para ambos, llene sus expectativas y solucione su problema de fondo. Los acuerdos que acepten los mediados se pueden quedar como acuerdos verbales si los mediados así lo pactan o sí el acuerdo no se puede establecer de forma escrita; en la mayoría de los casos y por seguridad los convenios adoptan la forma escrita y son firmados por los mediados.

El convenio lo elabora el mediador, y es leído con los mediados para comprobar que lo que pactaron esté plasmado en éste; una vez firmado por los mediados el Director del área de mediación correspondiente lo firmará para darle fe. Cada uno de los mediados se queda con uno de los triplicados que se generan del convenio y uno más queda a resguardo del Centro, por si se llega a necesitar una copia del mismo esta pueda ser proporcionada. El procedimiento de mediación culmina con una hoja de evaluación en donde los mediados califican el

desempeño del mediador durante toda la mediación y dan su comentario respecto del servicio en general o sobre cualquier cosa que quieran comentar, estas evaluaciones también son confidenciales, salvo que las personas establezcan que se pueden divulgar, y de la misma forma quedan a resguardo de cada área de mediación.

4. Fortalezas y debilidades de la mediación

Ya que explicamos cómo se lleva a cabo el procedimiento de mediación, es oportuno analizar las fortalezas o ventajas así como las debilidades o desventajas más importantes que tiene la mediación. Para comenzar con las fortalezas, Marinés Suares⁴⁷ menciona que una de ellas es producir un sensible alivio a los Tribunales donde se le ve como uno de los mejores auxiliares que se tienen para reducir los asuntos que están pendientes así como evitar que lleguen nuevos, ya que el solo hecho de iniciar un expediente pone en funcionamiento a todo el sistema, cuando existen situaciones que no necesitan la intervención de un Juez. Esto también ocasiona que se lleve a los Tribunales a un estado próximo de saturación que perjudica las causas que deben iniciarse o que ya están en proceso.

Derivado de la saturación de los Tribunales, se ha producido una lentitud en la impartición de justicia debido al gran rezago que se tiene, aunado a los procesos que cada año se acumulan son una carga que se ha vuelto muy complicada de desahogar para estas instituciones. Por ejemplo, hay ciertos casos que se tiene la necesidad de tomar una decisión urgente y no se pueda esperar a los plazos que se establecen juzgados; aquí la mediación se presenta como un gran auxiliar que no necesita mayores formalidades más que la voluntad de las personas para resolver el conflicto.

Otra de las fortalezas se presenta en el sentido del principio de economía, ya que en la mediación se tiene un considerable ahorro en relación al costo general de los procesos en juzgados. En el caso de la mediación pública el

⁴⁷ Suares, M., *op. cit.*, nota 32, p. 51.

servicio es completamente gratuito para los mediados y en la privada generalmente los honorarios se producen por sesión y no en relación a los capitales en disputa. Por otra parte, crea beneficios para mantener efectivas relaciones futuras entre los mediados al evitar que tengan la sensación de que hubo un vencedor y un ganador; si alguna de las partes se siente perdedora o considera que el acuerdo al que están llegando no es equitativo, no está obligado a continuar y en cualquier momento puede optar por comenzar algún otro procedimiento que satisfaga sus necesidades.

Si tomamos como punto de referencia al principio de flexibilidad para resaltar las fortalezas de la mediación, ésta utiliza recursos que no están dentro del sistema judicial tradicional, así se aumenta la creatividad de los mediados para llegar a acuerdos que resuelvan sus conflictos. Paralelamente, cuando las personas tienen un mayor protagonismo se crea en ellas un aumento en su sentido de corresponsabilidad dentro del conflicto, lo que los conlleva a ceder en sus posturas y aportar ideas efectivas de solución, de tal forma que cuando las partes reconocen en el acuerdo su propia participación, al ver plasmado lo que trabajaron juntos, por el simple hecho de que provengan de ellos y no sean impuestos tienen el efecto de convertirse en acuerdos a largo plazo.

Una fortaleza más es la privacidad y confidencialidad que tiene la mediación, esta ventaja es muy apreciada por los participantes, sobre todo en conflictos de materia familiar, que por su misma naturaleza es mejor dirimir los conflictos con la mayor discreción. La mediación ofrece un entorno adecuado para el tratamiento de conflictos ofreciendo la oportunidad de buscar soluciones creativas pero sobretodo realistas, siempre y cuando no contravenga lo establecido por la ley.⁴⁸

Para finalizar con las fortalezas, cuando una persona logra solucionar un conflicto puede adquirir la capacidad de solucionar otros conflictos futuros en la misma área en donde se presentó el anterior o en otras diferentes, esto ha recibido el nombre de transferencia de aprendizaje o conocimiento tácito⁴⁹.

⁴⁸ Márquez Algara, M., *op. cit.*, nota 17, p.91.

⁴⁹ Suares, M., *op. cit.*, nota 32, p. 53.

Sin embargo no todo en la mediación representa beneficios porque también tiene ciertas debilidades o desventajas. Si bien la prontitud con la que se puede resolver un conflicto es una fortaleza encuentra su debilidad en que no todas las mediaciones se llevan a cabo; si una parte no acepta entrar a mediación o entra sin la intención de alcanzar un compromiso, la persona que haya solicitado el servicio puede sentirse decepcionada y pensar que sólo fue una pérdida de tiempo.

Prosiguiendo con el tema, Beatriz Herrera Sánchez señala que una de las debilidades se encuentra en que la información no se puede hacer pública; en la mayoría de los casos representa una ventaja para las personas que no quieren que el conflicto sea divulgado y por tal motivo se acercan a la mediación, pero puede haber otras situaciones en las que uno de los mediados quiera que la información se haga pública, quizás en busca de reconocimiento y no pueda conseguirlo⁵⁰.

Otra debilidad es la que algunas pensadoras feministas encuentran al considerar que las mujeres logran peores acuerdos cuando concurren a la mediación que cuando solucionan sus conflictos en los Juzgados. Jannet Rijkín, una pensadora feminista, cree que esto se debe a que en las sesiones de mediación se mantiene la misma “pauta interaccional” que existía en la relación de pareja, y que si existía temor de la mujer hacia el hombre, éste se va a manifestar en la mediación⁵¹.

Una situación más que genera dificultades por la falta de limitación clara del campo de aplicación de la mediación familiar, ya que algunas personas la confunden con la terapia familiar, cuando son dos procedimientos totalmente distintos uno del otro. El proceso de mediación se diferencia del proceso terapéutico por su estructura, como ya vimos la mediación tiene distintas etapas que pueden o no llevarse a cabo de acuerdo con las necesidades de los mediados,

⁵⁰ Herrera Sánchez, Beatriz, *La mediación: una solución igualitaria para la resolución de conflictos. Análisis de la mediación educativa*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2010, p. 14, http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/80254/1/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_HerreraSanchez_B.pdf -Última fecha de consulta: 08 de abril del 2014.

⁵¹ Suares, Marínés, *op. cit.*, nota32, pp.53 y 54.

en tanto el proceso terapéutico tiene tres etapas: diagnóstica, fijación de objetivos de acuerdo al modelo teórico y la aplicación de técnicas; otra diferencia la encontramos respecto a su finalidad, el proceso terapéutico consiste en el examen de las dinámicas intrapsíquicas o en los cambios terapéuticos de los modelos interaccionales, en tanto que la mediación se dirige al problema en cuestión orientando a las tareas concretas más que a las causas psicológicas de la disputa. La última diferencia radica en los roles que desempeñan los terceros, en la terapia el proceso se sostiene por el poder de análisis del terapeuta; en tanto que en la mediación, si bien es dirigido por el mediador, son los mediados quienes sostienen el procedimiento.⁵²

Para finalizar, uno de los temas más conflictivos y por lo tanto se le considera como una debilidad que se desprende de los principios rectores de la mediación es el de la neutralidad de los mediadores; se toma en cuenta como una de sus debilidades dado que si no se trabaja adecuadamente este principio alguno de los mediados pueden sentir que el procedimiento está viciado y pierda el interés en continuar con el mismo. Las dificultades que encontramos sobre este principio son: qué debemos entender por neutralidad, qué alcances tiene dentro de la mediación y si la neutralidad es algo que se pueda aprender o es una característica inherente a determinadas personalidades.

Respecto al primer punto sobre qué debemos entender por neutralidad recordaremos que es la capacidad que debe tener el mediador para no dejar que sus sentimientos emociones y creencias se interpongan en el procedimiento; en cuanto a los alcances de la neutralidad dentro de la mediación, al analizar el principio de neutralidad sabemos que desde el trato hacia los mediados y hasta la elaboración de su convenio el mediador debe de mantener una postura ecuánime en todo momento. Y para concluir, considero que la neutralidad es una característica inherente a ciertas personalidades pero que, en algunos casos, puede ser aprendida a través de la práctica reiterada.

⁵² Calcaterra, R. A., *op. cit.*, nota 12, pp. 59 y 60.

5. Limitaciones de la mediación: los derechos disponibles y los asuntos no mediables

Hemos llegado al término de este capítulo en donde analizamos el concepto de mediación; conocemos sucintamente que principios la rigen; describimos a grandes rasgos como es su proceso y comparamos las fortalezas y debilidades que como todo procedimiento tiene; ahora para finalizar veremos los alcances que la mediación puede tener, es decir, hasta donde puede intervenir para resolver un conflicto.

Comenzaremos por recordar que la mediación encuentra su soporte jurídico en el principio de la autonomía de la voluntad, es decir, en la facultad que la ley reconoce a los particulares para que a través de un acuerdo de voluntades puedan regular sus derechos a disposición; acuerdo que, en el caso de la mediación, asume la expresión de convenio, teniendo como límites la propia voluntad y la ley. De esta forma los llamados derechos disponibles “son aquellos que son susceptibles de ser valorados económicamente y aquellos que, no siendo necesariamente patrimoniales, pueden ser objeto de libre disposición”.⁵³

Reforzando la definición de derechos disponibles, podemos mencionar que el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 6 estipula que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla y que sólo puede hacerse renuncia de los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero; interpretando este artículo si se puede hacer renuncia de los derechos privados se infiere que se puede negociar respecto de ellos. En esta misma línea de ideas, el artículo 8 del Código de referencia estipula que todo acto ejecutado contra el contenido de las leyes prohibitivas o del interés público será nulo; dentro del concepto todo acto desde luego que se encuentran los acuerdos

⁵³ Pinedo Aubián F. Martín, *¿...Y eso es conciliable?: (la vigente -y complicada- regulación de las materias conciliables en la ley de conciliación extrajudicial*, pp. 7-9, <http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/22%20Y%20eso%20es%20conciliable%20Martin%20Pinedo%20Aubian.pdf> -Última fecha de consulta: 08 de abril del 2014.

que puedan llegar las personas en mediación, siendo por lo tanto otra de las limitaciones que encuentra la mediación.

Tenemos por consiguiente que respecto de los derechos disponibles en materia civil, las controversias que se pueden resolver en mediación son las que se deriven de relaciones entre particulares, sean personas físicas o morales, en tanto no involucren cuestiones de derecho familiar. En materia mercantil, las que deriven de relaciones entre comerciantes, en razón de su participación en actos de comercio, considerados así por las leyes correspondientes. De esta forma la materia civil-mercantil dentro de la mediación es la más amplia en cuanto a conflictos puede tratar.

Por otro lado en materia familiar, sobre los derechos disponibles, las personas unidas en matrimonio, concubinato o sociedad de convivencia pueden solicitar la mediación para los siguientes casos:

- Para alcanzar los acuerdos necesarios que les permitan satisfactoriamente construir o reconstruir sus relaciones presentes y futuras para evitar llegar a la apertura de cualquier proceso judicial, o si la pareja ha decidido romper la convivencia para que se presenten a la vía judicial correspondiente para llevar a buenos términos los efectos de su separación.
- Cuando los cónyuges decidan modificar o terminar el régimen patrimonial de su matrimonio.
- Cuando quieran modificar las medidas respecto de la custodia, la convivencia y los alimentos por razones personales o circunstancias supervenientes.
- Para determinar la forma en cómo se dará cumplimiento la ejecución de sentencias relativas al pago de pensiones alimenticias o compensaciones e indemnizaciones económicas.
- Cuando quieran elaborar su convenio regulador del divorcio construyendo los acuerdos necesarios que regirán sus relaciones.
- Cuando quieran liquidar los bienes de la sociedad conyugal, con motivo del divorcio o por el cambio de régimen matrimonial.

- Si los hijos desean construir acuerdos para el pago de pensiones alimentarias de sus padres, hermanos menores o incapacitados o sobre el cuidado de ancianos o enfermos.
- Cualquier otro pariente implicado en un conflicto por cuestiones patrimoniales derivadas de los juicios sucesorios o guarda y custodia.
- Y para cualquier conflicto familiar por cuestiones en las que no esté involucrado el orden público o cuyos derechos estén disponibles para los particulares.

Consideramos que los puntos sobre los derechos disponibles son claros por lo que no es necesario extendernos más en el tema. Para concluir aclararemos que asuntos son considerados como no mediables, es decir, los asuntos en donde la mediación no puede ser una alternativa para solucionar un conflicto. Es importante recordar que la mediación es independiente de la jurisdicción ordinaria y como tal uno de sus propósitos es auxiliarla, por lo que la mediación no puede considerarse como un sustituto de la práctica legal. Al hacer esta aclaración encontramos la primera de las limitaciones de la mediación; por más que sea un procedimiento flexible, como hemos mencionado reiteradamente no es un sustituto del procedimiento jurisdiccional.

Como nunca será un sustituto del procedimiento jurisdiccional o de cualquier otro, hay muchos procedimientos que requieren la intervención de una autoridad como la de un Juez. El mediador no se puede tomar atribuciones que no le corresponden y hay muchos derechos que por mucha voluntad que tengan los mediados no pueden ser materia de una negociación. Por ejemplo, en materia familiar no se puede llevar a cabo una mediación para determinar una pérdida de la patria potestad; en materia civil-mercantil, no es mediable los asuntos que derivan de una relación laboral; y en un procedimiento penal de secuestro sería traumático para la víctima intentar llevar a cabo una mediación en materia penal o en cualquier otro delito que se persiga de oficio.

Otro de los asuntos no mediables son los conflictos llamados intratables, en los que una o más de las personas se niegan o resisten a aceptar el proceso de mediación; recordaremos que la voluntariedad es uno de los requisitos

indispensables para poder iniciar una mediación y sin la voluntad de las personas no es posible iniciar el procedimiento. Un segundo tipo de asunto intratable, o no mediable, es en los cuales el establecimiento de un punto neutro de acuerdo pudiera significar una injusticia manifiesta⁵⁴; o en cuestiones en las que las personas directamente no pueden asistir o no participar directamente en el proceso de mediación; así como los casos en que los trastornos mentales o psicológicos, sean leves o graves y hagan necesaria la intervención previa de algún otro especialista.

También son asuntos no mediables los problemas en los cuales exista violencia explícita o delitos. Muchas veces los mediadores trabajan con situaciones de violencia sin saberlo, porque existe muy enraizada o es ocultada por las partes, Rubén A. Calcaterra⁵⁵ menciona que algunas veces después de haberse negado una mediadora a tomar conflictos que involucraban violencia, las mismas partes le relevaron su disgusto por esta posición alegando que se les negaba una oportunidad.

Es importante tener presente la distinción entre casos *de violencia* y *con violencia*; en el primer tipo no existe un único episodio violento, sino gran cantidad de ellos, una pauta interaccional con graves riesgos físicos y psíquicos. En el segundo, existe un episodio violento, que aparece como un hecho aislado y que puede haber sido el desencadenante de la situación de crisis. En este sentido, tendríamos que cuestionar el dogma de la mediación que nos dice que *la violencia no se puede mediar*, porque sería generalizar un concepto que tiene muchas vertientes y que en algunos casos valdría la pena intentar intervenir como mediador.

Consideramos que, por ejemplo, la violencia económica es una situación susceptible de ser tratada dentro de la mediación; la violencia verbal puede ser controlada a través del establecimiento de reglas de respeto mutuo para trabajar en colaboración y poder generar acuerdos; la violencia física podría intentarse

⁵⁴ Vinyamata Camp, Eduard, *Aprender mediación*, Paidós, España, 2003, p.33.

⁵⁵ Calcaterra, R. A., op. cit, nota 12, p. 49.

mediar cuando esta es escalonada, es decir, se da una interacción mutua de agresiones y sólo cuando los dos, que tanto reciben violencia como la generan, quieren ponerle fin a esa cadena destructiva, por lo que buscan la ayuda de un tercero.

Las personas que sufren la violencia y que concurren a pedir ayuda ignoran, en principio, que consciente o inconscientemente han colaborado con ese modo de interactuar con los demás. Hay un sinnúmero de denuncias cruzadas con acusaciones mutuas. Evitan involucrarse en la toma de decisiones. La modalidad instalada es la de que un tercero resuelva su conflicto contra el otro. El modo tradicional de operar muchas veces resulta insuficiente. Por ello, es de suma necesidad que quien les brinda atención pueda ampliar su marco operativo y, sin dejar de detectar los hechos graves de la violencia con riesgo cierto y actual...⁵⁶

Los únicos tipos de violencia que no se pueden mediar son en la psicológica y cuando la violencia no es escalonada, sino que sólo se presenta un agente generador de violencia y la otra persona como la víctima, por lo que no se estaría en condiciones de intentar un diálogo, porque nos encontraríamos en presencia, posiblemente, de un delito en donde las autoridades correspondientes deben de intervenir.

⁵⁶ Paszucki, Samuel comp., *Casos y Cosas de Mediación*, Editorial Brujas, Córdoba, Argentina, 2013, pp.241 y 242.

CAPÍTULO CUARTO. LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO UNA ALTERNATIVA PACÍFICA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

1. ¿En qué casos se puede determinar la guarda y custodia a través del procedimiento de mediación?

Para poder establecer un fundamento legal de la intervención de la mediación familiar en los asuntos de guarda y custodia, tenemos que retroceder en el tiempo hasta el 8 de agosto del 2004, fecha en que se reformó el artículo 205 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en donde el legislador dispuso a la mediación como la vía para que los cónyuges y concubinos acuerden lo relativo a la guarda y custodia de sus hijos menores de edad y la regulación del derecho de convivencia de éstos con sus padres; posteriormente hubo una reforma en 2007 al mismo artículo que tuvo objetivos similares, exceptuando los casos de violencia familiar.¹

El artículo que mencionamos quedó de la siguiente forma:

ARTICULO 205: El que intente demandar, denunciar, o querrellarse contra su cónyuge o concubino, podrá solicitar por escrito al juez de lo familiar su separación del hogar común o acudir al Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

El Centro de Justicia Alternativa atenderá a las partes siempre y cuando no exista violencia familiar, en cuyo caso se abstendrá de intervenir, haciéndolo del conocimiento al C. Agente del Ministerio Público tratándose de menores.

Para el caso de violencia entre las partes se dará vista al Sistema de Auxilio a Víctimas, para los efectos correspondientes de conformidad con la Ley de Atención a Víctimas del Delito del Distrito Federal.

¹ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, 2a. ed., México, Oxford, 2012, p.313.

El mediador facilitará la solución del conflicto entre las partes teniendo como principio de sus actuaciones el interés superior del menor, en especial las obligaciones de crianza.

En el convenio, el mediador deberá promover que se garantice el bienestar, la seguridad física y mental de los hijos menores de edad, así como el derecho que les asiste de convivir con el progenitor que no vive con ellos. El cumplimiento del convenio podrá solicitarse ante el Juez de lo Familiar en la vía de apremio.

Es importante señalar que los asuntos de violencia familiar si bien no son susceptibles de tratar dentro de una mediación familiar en el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, se puede intentar llegar a solucionar el problema a través de la mediación penal, cuyo objetivo es impulsar un acercamiento entre las personas en conflicto, para analizar el delito como un conflicto meramente intrapersonal en donde ellas mismas encuentran las condiciones para solucionarlo, corrigiendo las relaciones sociales al conseguir equilibrio entre la víctima, el victimario y la sociedad.²

Si nos ponemos a analizar el concepto de *separación del hogar común*, encontramos que puede comprender dos situaciones: la primera consiste en tres modalidades: el divorcio, la simple separación de los cónyuges y la terminación del concubinato; la segunda situación que nosotros podemos mencionar es una que es poco comentada, nos referimos a la solicitud que puede hacer la persona que no quiere divorciarse pero puede pedir que se suspenda la obligación de cohabitar con su cónyuge, conforme al artículo 277 del Código Civil para el Distrito Federal vigente.

De esta forma tenemos los cuatro primeros casos en donde la mediación puede utilizarse para determinar la guarda y custodia. El primer caso es el divorcio; conforme al artículo 287 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, si los cónyuges presentan un convenio emanado del procedimiento de mediación o uno realizado por ellos en relación a los elementos que se regulan en el artículo

² Bardales Lazcano, Erika, *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2011, pp.96 y 97.

267 del mismo ordenamiento, el Juez decretará el divorcio y el convenio lo aprobará de plano.

En caso de que los cónyuges no llegaren a presentar un convenio, sea particular o uno emanado del procedimiento de mediación, o que el que presentaran de manera particular no cumpla con los requisitos establecidos por el artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal, el Juez sólo decretará el divorcio dejando expedito el derecho de los cónyuges para que lo hagan valer por la vía incidental o a través de la mediación, exclusivamente lo que concierne al convenio.

De tal forma que las personas, que ahora ya no están vinculadas matrimonialmente, tienen dos opciones: la primera es continuar por la vía incidental del Juzgado para resolver los siguientes puntos:

- La determinación de la guarda y custodia de los hijos menores a cargo de alguno de los cónyuges;
- El establecimiento de las visitas y convivencias que tendrá el menor con el padre o madre que no tenga la guarda y custodia;
- La manera en como se atenderán las necesidades de los hijos menores para establecer quien de los dos tendrá la obligación de dar una pensión alimenticia, así como el establecimiento de una garantía para asegurar su cumplimiento;
- Cuál cónyuge tendrá el uso del domicilio conyugal y en su caso del menaje;
- Como se va a administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento y de qué manera se va a realizar la liquidación de la misma o en el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al cincuenta por ciento del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar.

Como podemos observar los puntos que quedan por resolver son muy sensibles y pueden ser fuente de muchos conflictos; si las personas deciden irse por la vía incidental tendrán que contratar a un abogado, que en ciertos casos son lucrativos con las necesidades y sentimientos de sus clientes y llegan a utilizar argumentos como “dejar en la calle al otro cónyuge” o “usted no se preocupe, no va a pagar esa pensión alimentaria”; ellos con tal de hacer creer al cliente que si son posibles todas las promesas que les hacen interpone innumerables cantidades de promociones, recursos y amparos con tal de hacer un mayor cobro de gastos y honorarios³.

Desafortunadamente esta mala fama se ha creado por el actuar de algunos abogados que, si bien no todos actúan de esa forma constituye uno de los principales motivos por los cuales la gente desiste de llevar a cabo los procedimientos ante los Juzgados. Otros de los motivos por el cual las personas no llegan a los Juzgados es por considerar que los honorarios que cobran los abogados son demasiado altos para su economía, y por otro lado la sobresaturación que tiene la Defensoría de Oficio, que con tanta demanda que tiene no puede darse abasto suficiente para atender a todos los solicitantes.

Es por eso que si las personas quieren evitarse estos problemas pueden intentar resolver su conflicto a través de la segunda opción, que es la mediación, en donde, a través de un diálogo pacífico, se abordan todos los temas que enlistamos con anterioridad y que de llegar a un acuerdo se concretizan al final en la elaboración y firma del convenio.

Por otro lado, hay cónyuges que de momento quieren separarse pero sin romper con el vínculo matrimonial por diversas razones como pueden ser del tipo social, cultural o por conveniencia; ellos podrían dialogar sobre lo relativo a la guarda y custodia, el régimen de visitas y convivencias y como se cumplirá con la obligación alimentaria o puede ser que no se quieren ni separar pero quieran dialogar para resolver ciertas diferencias conyugales como cuestiones relativas al:

³ Rendón López, Alicia y Sánchez Hernández, Ángel, *Divorcio sin expresión de causa en el Distrito Federal. Miradas teórico-reflexivas*, México, Porrúa, Facultad de Derecho U.N.A.M., 2012, p. 148.

- Establecimiento o modificación del domicilio conyugal, la obligación alimentaria y su aseguramiento;
- El manejo del hogar, la administración de los bienes que a ellos pertenezcan o la sociedad conyugal;
- La formación y educación de los hijos;
- La oposición de un cónyuge para que el otro desempeñe una actividad que pueda dañar la moral o la estructura de la familia.

Para estos casos es conveniente el establecimiento de un procedimiento familiar que pueda resolver dichas diferencias conyugales⁴. Ese procedimiento ya existe y se llama mediación, en donde los cónyuges directamente platican para generar acuerdos que resuelvan esas desavenencias de una forma sencilla, práctica, eficaz, que les brinda seguridad y tranquilidad, pero sobre todo, de una manera amigable.

Ahora bien, respecto a la terminación del concubinato se presentan los mismos puntos de discusión del divorcio sobre todo en cómo se cubrirán las necesidades y cómo cuidaran de sus hijos menores de edad; la única diferencia es que dentro de un concubinato no hay sociedad conyugal que se tenga que disolver, pero eso no implica que no puedan haber ciertas situaciones económicas que los concubinos quieran acordar como las deudas adquiridas por préstamos de dinero para la adquisición del menaje de lo que fue su hogar común o si entre ellos quieren darse alguna compensación económica temporal.

Continuaremos la exploración del cuarto supuesto que mencionamos al principio: la separación del domicilio conyugal. Comencemos por evocar que esta figura es la acción que tiene alguno de los cónyuges que no quiera pedir el divorcio podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con su cónyuge, cuando éste padezca cualquier enfermedad incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria; padezca impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada; o padezca trastorno mental

⁴ Gómez Fröde, Carina, *Derecho procesal familiar*, 2a. ed., México, Porrúa, 2013, p. 27

incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo.

En estos casos el Juez de lo Familiar puede eximir a los esposos de la obligación de vivir juntos, el efecto de la resolución judicial es únicamente suspender la obligación de cohabitar, la cual es decretada por el juez con conocimiento de causa, pero las demás obligaciones inherentes al matrimonio subsisten⁵, de las cuales en caso de existir algún conflicto en alguna de ellas se podría optar por la mediación, salvo en el caso de que la suspensión de cohabitar sea por la declaración de interdicción o del trastorno mental incurable.

Esto nos lleva a detallar un poco los temas que los mediados pueden dialogar dentro de las sesiones y que conformarían los puntos de la agenda del mediador. Es por ello que, dentro del procedimiento de mediación familiar respecto al cuidado de los hijos pueden surgir los siguientes puntos de diálogo:

- Cómo se encargarán ambos padres del cuidado y atención de los hijos, determinar la guarda y custodia y el establecimiento del régimen de visitas y convivencias.
- Cambiar las perspectivas que tienen respecto al desempeño de sus funciones como padres basados en creencias sobre los roles con los cuales deben cumplir.
- Concientizar sobre el cuidado conjunto de los hijos como un derecho de los menores para cubrir sus necesidades.
- El diseño, con base en el sistema familiar, de la manera en cómo van a interactuar con los demás miembros de la familia.

Es interesante examinar el problema también desde otro tipo de enfoque y que en muchos casos son los temas principales que se presentan dentro de una mediación; estos temas son las necesidades económicas de los hijos y tienen una estrecha relación con el cuidado de ellos:

⁵ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

- Primero se necesita analizar qué necesitan los hijos y de qué manera ambos padres pueden contribuir a esas necesidades que constituyen los gastos ordinarios y extraordinarios de la pensión alimenticia.
- Al mismo tiempo, en la mediación se trata de que los padres reflexionen sobre el hecho de que ambos deben de contribuir con los gastos, en la forma en como ellos puedan, de acuerdo siempre a sus capacidades.

Finalmente, una situación que pareciera poco trascendente pero que para el menor podría significar un aspecto fundamental dentro de su desarrollo personal es lo relativo al uso del domicilio familiar, ya que por lo general el padre o madre que tenga la guarda y custodia de los menores es quien se queda en el domicilio pero no siempre es así. Por tal motivo, con este tema se presentan las siguientes dificultades:

- La connotación emocional y económica que puede representar el domicilio para el menor o para alguno de los padres.
- La unión que, como mencionamos, representa el domicilio con la guarda y custodia de los hijos en algunos casos.⁶ Porque se pueden presentar familias donde no hayan tenido algún domicilio estable o que por razones personales haya dejado de tener algún significado emocional.

Por otra parte, en ocasiones los padres de hijos menores de edad puede ser que no se encuentren en las mejores condiciones para poder atender óptimamente las necesidades de los menores, o que con la finalidad de mejorar su situación económica que les ayuden a solventar los gastos de sus hijos, necesiten ausentarse durante algún tiempo, sea por un horario de trabajo complicado o porque tenga que trasladarse a otro Estado o incluso a otros países. En estos casos los padres buscan que el menor pueda tener las mejores condiciones para su desarrollo, aunque ello implique que el menor quede al resguardo de otros familiares.

Como mencionamos en el capítulo de la guarda y custodia, de acuerdo al Código Civil del Distrito Federal, la guarda y custodia puede quedar a cargo del

⁶ Gorjón Gómez, Francisco Javier y Steele Garza, José Guadalupe, *Métodos alterativos de solución de conflictos*, 2a. ed., México, Oxford, 2012, p.61.

pariente que conjuntamente decidan los padres; sin embargo debemos de acotar el termino de parientes se limita en una primera instancia a los abuelos y si ellos no pueden lo podrán hacer los tíos que sean hermanos directos de los padres.

La finalidad es que el menor no sea separado del núcleo familiar primario correspondiente a sus parientes más cercanos, ya que si un menor es apartado bruscamente del entorno familiar donde ha pasado su infancia puede generarse en él trastornos emocionales que le dificulten tener un desarrollo propicio. La mediación en este tipo de escenario representa un procedimiento que da seguridad a los padres que tengan la necesidad de dejar solos a sus hijos o llevárselos a lugares peligrosos, lo puedan hacer sin complicaciones y obtengan un documento que les dé certeza jurídica.

Algunos de los ejemplos que podemos citar respecto a esta situación son cuando los padres son aún muy jóvenes como para poder hacerse cargo de un menor o son familias monoparentales⁷, por lo general los abuelos son quienes los terminan cuidando y acuden a solicitar la mediación debido a que en algunas instituciones les llegan a pedir algún documento donde se acredite que ellos son los responsables de esos menores; jurídicamente hablando no existe documento alguno que acredite que una persona tiene a su cargo la guarda y custodia, pero al firmar un convenio en mediación se cuenta con el respaldo de ser un documento emitido por una autoridad.

Otra circunstancia que podemos mencionar cuando ambos padres van a buscar alguna oportunidad de trabajo en un lugar distinto donde viven, pero las condiciones en las que tienen que hacer su traslado o su estadía no son propicias para el desarrollo de los menores, pueden llegar a la elaboración de un convenio

⁷ Aunque los distintos tipos de familias monoparentales presentan características específicas, sin embargo, se han detectado una serie de características comunes a todas ellas. En primer lugar, basándonos propiamente en su estructura, cabe decir que la mayoría de las familias monoparentales están encabezadas por las mujeres, estableciéndose así una primera distinción entre familias “monomaterales” y familias donde se convive con el padre. Hernández Prado, Ma. Ángeles y Ortega Ruiz, Pedro, “*Familias monoparentales y conflictividad escolar*”, *Addenda a la Ponencia II: Familia, educación y valores, XXIII Seminario interuniversitario de teoría de la educación "familia, educación y sociedad civil"*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/site/docu/23site/a2prados.pdf>.

sobre quien y de que forma se dará el cuidado del menor, en tanto ellos consiguen mejorar su situación para reestablecer su responsabilidad sobre los menores.

Por el contrario, hay casos donde los padres quieran ceder la guarda y custodia a algún otro pariente que no sean los que ya hemos mencionado o incluso que quieran establecerla a favor de cualquier otra persona que no tenga algún tipo de parentesco con el menor; en estos casos la mediación no puede ser la vía por la cual las personas puedan establecer ese tipo de acuerdos, por lo que dependiendo de las circunstancias tendrían que acudir a la instancias correspondiente para iniciar el procedimiento que, según sea el caso, produzca o regule los efectos para las partes interesadas.

Aquí he de referirme también a una de las razones por las cuales no se puede llevar a cabo una mediación; no se encuadra dentro de los aspectos jurídicos de la mediación sino que es un aspecto psicológico. Un conflicto puede surgir de una confrontación de intereses, una crisis, una disputa, de un problema de relación o convivencia. Los desacuerdos familiares no surgen únicamente de problemas matrimoniales, ya que dentro de ellos también se incluyen las desavenencias de la familia extensa porque puede ser que resulten implicados o afectados otros miembros de la familia como los hijos, padres o hermanos; también se incluyen los problemas de pareja unidas por vínculos afectivos, que normalmente desarrollan una convivencia en común en los que, en muchos casos, existen lazos económicos y sexuales.⁸

Si se tiene en cuenta que algunos de esas divergencias surgen por faltas de comunicación o razones que se pueden considerar como superficiales podemos decir que en esos casos las personas no están en el momento para llegar a un acuerdo. Algunas personas acuden a mediación cuando el conflicto acaba de suscitarse, no ven a la mediación como un medio para que ellos puedan resolverlo, sino que la sociedad está acostumbrada culturalmente a que una autoridad siempre lo resuelva y nos diga que hacer.

⁸ Vinyamata, Eduard, *Introducción a la conflictología*, Universitat Oberta de Catalunya, p. 18, <http://telemedicinadetampico.files.wordpress.com/2012/02/introduccion-ala-conflictologia-2.pdf>

Es una formación paternalista con la que tradicionalmente hemos crecido, en donde siempre son los padres, sea la mujer o el hombre, quienes dicen a los miembros de la familia que hacer. Pero cuando los miembros de la familia dejan de ver a esas personas como una figura de autoridad, los que tienen desavenencias con ellas no saben qué hacer y buscan alguien que reemplace esa figura.

En ese sentido, recurren a la mediación pensando que, como es un procedimiento donde se resuelven los conflictos a través del diálogo, ahí se les va a decir que es lo que tienen que hacer o con la esperanza de que el mediador les de la solución a su conflicto, quieren conferir la solución de su conflicto a otra persona y eso es lo que esperan encontrar ahí. Pero eso no es así, la mediación no da la solución; la mediación da herramientas a las personas para que ellas mismas puedan resolver sus conflictos cuando asumen el protagonismo de los mismos.

Sumando a lo anterior, tampoco es el momento para llevar una mediación cuando alguna de las personas involucradas en el conflicto se encuentra dentro de alguna de las primeras cuatro etapas del duelo según el modelo Kübler-Ross⁹, también conocido como las cinco etapas del duelo. El duelo es un proceso emocional de adaptación que se presenta ante la idea de una pérdida; las primeras cuatro etapas del modelo son: negación, ira, negociación y depresión. En la primera etapa, la negación, las personas se encuentran incrédulas de lo que está pasando o va a suceder, anulan el conflicto; si no lo reconocen cómo conscientemente van a poder resolverlo, simplemente no se puede intervenir con la mediación.

La segunda de las etapas es la ira, es una fase que puede surgir de manera espontánea, dependiendo de cada individuo y la situación, se caracteriza por una molestia generalizada y que dentro de una mediación no permite a la persona que llegue a acuerdos de manera tranquila y sin emociones de resentimiento. En la tercer etapa, las personas piensan que pueden volver a retroceder en el tiempo y

⁹ Cuadrado I Salido, David, "Las cinco etapas del cambio", *Capital Humano*, nº 241, Marzo 2010, pp. 56 y 57. http://www.factorhuma.org/attachments_secure/article/420/c303_cincoetapas.pdf

volverlo a intentar, teniendo la esperanza de que el conflicto puede desaparecer y que las cosas volverán a ser como antes, tienen la esperanza de una reconciliación; también es característico dentro de esta etapa que cuando el cambio se vuelve irremediable adopten una postura de considerar que nunca hay un buen momento para realizar el cambio por tener aun proyectos pendientes. Por tal motivo, tampoco es posible iniciar un procedimiento de mediación cuando la persona se encuentra en esta etapa.

Concluamos entonces con la última etapa del duelo que impediría llegar a un buen acuerdo, la depresión, si la persona se encuentra en este punto, sentirá una profunda tristeza y vacío, si se intenta mediar cuando se está en depresión la persona puede encontrar sin sentido el tener que llegar a un acuerdo, por lo que tampoco es el momento para esa persona el intentar un diálogo en mediación. La etapa final del duelo según el modelo que analizamos, corresponde a la aceptación, en donde la persona comprende que el cambio es inevitable, por lo que puede tomarlo con un mejor estado de ánimo, con menos secuelas y donde por fin se encuentra con la plenitud necesaria para poder abordar el conflicto y resolverlo de la mejor forma posible.

Por último, existe un punto de vista sobre la mediación familiar en determinados conflictos extremos en aspectos internacionales que sostiene que no es recomendable en casos como los supuestos de raptó de un hijo o tras una decisión de no retorno del hijo, donde la prontitud en reestablecer el derecho violado es la prioridad o si supone un riesgo de retrasar el retorno rápido del niño.¹⁰ Pese a tal consideración, puede ser que algún mediador, utilizando diversas técnicas y con base en el principio de confidencialidad, comience a generar un contacto y acercamiento con el padre que este reteniendo al menor, generando confianza para poder eliminar las diferencias entre los padres y proteger la integridad del menor.

¹⁰ Ybarra Bores, Alfonso, "La mediación familiar en derecho internacional privado: especial referencia a la Unión Europea", en González Marín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés (comps.), *El derecho de familia en un mundo globalizado*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 163.

2. Las ventajas y desventajas de la mediación dentro de la determinación de la guarda y custodia de los menores

En el capítulo anterior analizamos las ventajas y desventajas de la mediación en general, en este punto nos enfocaremos a las ventajas y desventajas que se presentan en el caso específico de que los padres quieran determinar la guarda y custodia a través de la mediación.

En primer lugar, una de las ventajas que tiene la mediación como un procedimiento para resolver el conflicto de fijar quien tendrá la guarda y custodia es que los menores no observan la confrontación de sus padres por lo que el nivel de conflicto es muy bajo, de tal forma que se brinda una sensación de protección para los hijos al ver que sus padres mantienen una comunicación, aunque ya no tengan una relación de pareja, pero al menos no los ven en constantes disputas generadas por rencores a causa de la ruptura.

Una segunda ventaja es que los menores no tienen que presentarse ante el Juez para valorar su opinión sobre con quien se van a quedar, así se evitan el sufrimiento y traumas psicológicos. Son los menores los que necesitan que sus padres sepan qué hacer con ellos y no a la inversa, los conflictos no resueltos entre los padres no deben proyectarse sobre los hijos.¹¹

Como tercer ventaja de la mediación, como un procedimiento para determinar la guarda y custodia, es que con ella se da una mayor cooperación entre los padres, que se traslada a una buena comunicación entre ellos y los menores, lo que permite darle a estos últimos mejores explicaciones por parte de ambos padres y con naturalidad sobre las decisiones adoptadas, las consecuencias que se derivan y sobre la nueva forma de interactuar y convivir en sus relaciones familiares.

Con relación a la ventaja antes mencionada, encontramos que también derivado y durante un procedimiento de mediación se da un mantenimiento de la relación de cara al futuro, los padres se dejan de ver como adversarios haciendo de lado cualquier rivalidad que haya surgido para comenzar a comprender que su

¹¹ Souto Galvan, Esther (dir.), *Mediación familiar*, Madrid, Editorial Dykinson, 2012, p. 248.

relación como padres es independiente de la relación que tuvieron como pareja y que la primera debe de prevalecer en cuanto sea en beneficio del menor.

Otra de las ventajas que encontramos derivadas de la mediación es el surgimiento de la corresponsabilidad parental, haciendo posible que los menores mantengan una buena relación con sus padres al momento en que éstos aceptan su responsabilidad dentro del conflicto y además la que tienen como consecuencia de su rol como padres para asegurar que ambos mantengan una saludable relación futura con sus hijos.

Por otra parte, el racionalizar la situación, pero sobre todo el conflicto, permite que los padres adopten un acuerdo que cumplan en mayor grado ya que no es vivido como uno impuesto por un tercero, concurren muchos elementos para que se lleve a cabo el cumplimiento posterior de los acuerdos que hayan estipulado, esto se considera como otra de las ventajas más atractivas de la mediación.

Algo más por añadir es que la mediación familiar funciona como un mecanismo para reestablecer o reorganizar los roles de la madre y el padre, cuando cesa su relación como pareja; algunos conflictos surgen porque no se determinan bien los roles que cada uno va a desempeñar durante la relación, esta falta de comunicación y acuerdo es parte de la materia de trabajo que el mediador puede ayudar a las personas para que encuentren formas en como ellos consideran que se podría hacer la distribución de los papeles que van a desarrollar como padres.

Finalmente, el realizar un procedimiento de mediación puede ser una fuente que propicie la reflexión a los padres sobre los problemas de adaptación que se pueden producir con motivo de una ruptura; en primer lugar sobre ellos al comprender que su vida no podrá ser la misma y que va a cambiar, que esos cambios afectaran la forma en cómo se desarrollaba su rutina diaria al dejar de ser una pareja para cada quien tomar el camino que decida y por lo tanto tienen que pensar cómo va a ser su vida ahora.

También es un espacio para la reflexión de su relación que tendrán como padres, en donde deben de procurar los dos la mejor situación para sus hijos

menores conforme a la nueva forma de relacionarse e interactuar. Por último, también puede reflexionar sobre las relaciones futuras entre los padres y los hijos, ya que por lo general uno de los dos padres ya no los verá tan seguido como lo hacían con anterioridad, sino que ahora serán periódicas y comúnmente fuera del hogar del menor.

Por el lado de las desventajas podemos encontrar las siguientes:

En primer lugar, es factible que se pueda llegar a realizar un mal acuerdo, si el mediador no realiza con pericia su labor. Los mediadores son profesionales entrenados, sin embargo, como ocurre con todos los expertos, su capacidad y sus tendencias personales difieren. Puede darse la posibilidad de que el mediador ha estado en una disputa similar y tenga una tendencia definida a favor de una de las partes; aunque una de las características de la mediación es la neutralidad en algunas ocasiones puede ser que el mediador no se dé cuenta de que se ha dejado influenciar por la situación, pero es poco común que se presente este caso.

En segundo lugar, mencionaremos una de las desventajas que el pensamiento feminista considera sobre la mediación y que también mencionamos en el capítulo anterior, es el relativo a que las mujeres que llegan a un acuerdo económico dentro de la mediación la cantidad que reciben es menor de la que pudieran haber obtenido dentro de un procedimiento jurisdiccional.

La primera réplica que podemos hacer al respecto es que es un comentario muy tendencioso y que desconoce el procedimiento de mediación ya que el acuerdo al que llegan los mediados es un acuerdo consensuado por ambos y el mediador bajo ninguna circunstancia suscribirá un convenio que contenga un acuerdo que no fue adoptado por las personas involucradas en el procedimiento, si alguna de ellas no está conforme con el acuerdo el mediador facilitará las condiciones para que las partes lleguen a uno que llenen ambas expectativas.

Otro de los aspectos que aclararemos es separar el acuerdo económico que es estipulado a favor de los hijos menores de edad y al acuerdo que como pareja puedan tener entre ellos; el comentario generaliza en primer lugar que la mujer es quien se hace cargo de los menores, cuando no siempre es así ya que en algunos casos es el padre quien se queda al cuidado de los menores, y en este

caso no hay protestas si él llega a obtener un acuerdo que sea poco benéfico para los menores, económicamente hablando. En segundo lugar da a entender que el beneficio económico es para la mujer cuando es para los hijos y sólo el padre o la madre que tenga la guarda y custodia será quien lo administre.

Finalmente, dentro de la mediación en relación a la cantidad que se llega a estipular no siempre es menor de la que un Juez podría determinar, en muchas ocasiones los padres llegan a convenir una cantidad mayor cuando ellos platican sobre los gastos de los hijos y de las cantidades que se tienen que destinar para esas necesidades; aquí conviene detenerse un momento a fin de recordar que un acuerdo consensuado tiende a tener un mayor grado de cumplimiento que uno que sea impuesto, por lo que sin importar si es mayor o menor la cantidad, si es impuesto puede ser que no se cumpla cabalmente. Por otro lado, si lo que se busca es salvaguardar el interés superior del menor, en cuanto a cubrir sus necesidades a nuestra consideración es más importante que los padres reflexionen sobre esta cuestión y ellos mismos establezcan la cantidad que consideren para tal efecto que un Juez le imponga pagar una determinada cantidad que quizás no pueda o sea muy complicado cubrir y por lo tanto incumpla con esa obligación dejando desamparados a los menores.

3. La búsqueda de un acuerdo favorable a las necesidades del menor

En la antigüedad los derechos reconocidos a los menores eran muy incipientes, los menores pertenecían a sus progenitores y se les consideraba como seres en preparación. Desde ese entonces a la actualidad ha transcurrido mucho tiempo, durante el cual se han dado importantes cambios de enfoque hasta la consideración actual de que ellos son individuos en una especial y temporal situación que implica el reconocimiento de una serie de derechos.

Es clara la necesidad de buscar el mayor bienestar posible para los menores, la vulnerabilidad y dependencia que tienen requieren de la aportación del medio social para resolver todas sus necesidades.¹² La estructura familiar

¹² Brena Sesma, Ingrid, "Evolución del derecho de menores. Una visión desde instrumentos internacionales", en González Marín, N. y Rodríguez Benot, A. (comps.), *op. cit.*, nota 10, pp. 21-24.

proporciona un ambiente que protege a los menores desde los primeros instantes de su vida, sin embargo, en ocasiones la familia no tiene la capacidad para proporcionar al menor lo necesario para su desarrollo o la conducta de alguno de los miembros puede ser contraria al bienestar del menor e incluso en casos más extremos el menor ni siquiera cuenta con un medio familiar para satisfacer esas necesidades. De presentarse estas situaciones la sociedad debe de intervenir mediante instituciones jurídicas para proteger al menor, a través de la tutela, la adopción o el acogimiento.

Son numerosos los instrumentos jurídicos que reconocen y protegen los derechos de los menores al nacer y desarrollarse en su entorno familiar y en especial con sus padres; ellos son los responsables del bienestar del menor por lo que tienen que cumplir con su formación y educación. Asimismo, como parte de sus deberes los padres deben proporcionar las condiciones económicas que aseguren el desarrollo del menor.

Cuando las parejas vienen conversando por largo tiempo la posibilidad de una separación, y el niño lo sabe, puede llegar a percibir con quien convivirá por lo que escucha de sus padres; pero si la separación es abrupta, se convierte en una situación complicada para el menor, pues le puede generar incertidumbre lo que ocurrirá con su futuro. En el momento que se da una separación, los roles y las funciones parentales se modifican, pero las responsabilidades de ambos padres para con el hijo aún subsisten de tal forma que ante esta nueva estructura familiar se dará una redistribución de esas responsabilidades.

Como sabemos esta distribución la pueden hacer a través de un juicio o de la mediación; dentro de un juicio el Juez en algunos casos tiene una pequeña entrevista con el menor para escuchar su parecer. Dentro de la mediación existen dos posturas que ponen al menor como un receptor indirecto del resultado de la mediación, lo que podríamos acuñar con el término de “beneficiario de la mediación” y por otro lado como un partícipe dentro del procedimiento.

La primera se deriva de los límites del proceso de mediación donde por lo general se tiene la existencia de menores de edad que van a ser los destinatarios del posible consenso que lleguen sus padres, pero que serán ajenos a la

consideración de su opinión dentro del proceso, pues, como se estipula en la legislación referida a la mediación, los sujetos que participan dentro de la mediación tienen que ser mayores de edad y con la capacidad jurídica para comprometerse a lo acordado.

La segunda postura parte del supuesto de que algunos padres más que pensar objetivamente cuáles son las necesidades del menor, pelean por sus propios intereses, utilizando al menor como un trofeo que pertenecerá a quien sea más hábil y salga victorioso en la pugna. De tal forma que aquí adquiriría fundamental importancia escuchar la opinión del menor. Sin embargo, esto no quiere decir que se tenga que hacer lo que el menor diga, sino que se tiene que valorar su opinión armonizándola con los demás elementos que influyen en el problema y no hacer del menor el responsable de la toma de decisiones que están más allá de sus capacidades. La opinión del menor es necesaria para tener en cuenta los derechos de los niños desde la postura del ejercicio y no la mera declaración de los mismos.

Ante todo, rectifiquemos la idea sabida de que el Juez no resuelve problemas de fondo o de comunicación, la principal de sus funciones es aplicar el derecho con base en los hechos y pruebas que le presenten las partes. El Juez intenta tener un acercamiento con el menor, pero no siempre y no en todos los casos lo logra tener, además que por mucha confianza que pueda generar en el menor éste no tendrá la misma apertura que tiene con sus padres, por lo que no llega a conocer realmente sus necesidades y deseos.

Volviendo la mirada hacia la mediación, encontramos que si bien dentro de las sesiones por lo general no se cuenta con la presencia de los menores, el mediador representa un factor esencial para encontrar el acuerdo que sea favorable a las necesidades del menor y no tanto en función de los beneficios que puedan obtener los padres de los acuerdos a los que puedan arribar.

En la mediación se tratan los problemas de fondo, la principal meta es mejorar la comunicación entre los padres. Cuando los padres comienzan a comunicarse positivamente y saben cómo pueden utilizar las herramientas que aprendieron en la mediación pueden resolver cualquier otro conflicto que a futuro

se les presente. Los padres son quienes conviven más con sus hijos, por lo que son ellos, mejor que cualquier otra persona los que conocen sus necesidades, parte del trabajo en mediación es el cambio de enfoque y la reflexión a la que pueden llegar los mediados sobre la importancia de tomar las decisiones adecuadas para que sus hijos gocen del mayor beneficio. El mediador, de una forma indirecta, termina por ser una especie de representante del menor, sino de él directamente, por lo menos si de que prevalezca el interés superior del menor.

4. Mediación familiar, un camino para mejorar las relaciones futuras de los mediados

La familia constituye el núcleo de desarrollo básico de las personas y como tal, derivado de la convivencia diaria, se encuentra llena de conflictos que en casos extremos no siempre pueden ser resueltos por los mismos miembros de la familia. Es en esos casos donde la mediación familiar se presenta como un medio que permite la resolución de los conflictos que se dan dentro de la familia a fin de evitar la desestabilidad de la misma.

Desde esta perspectiva la mediación familiar es considerada como uno de los mecanismos más eficaces para resolver conflictos de relación o de comunicación entre padres e hijos, dentro de la pareja y en general dentro de todas las relaciones unidas por parentesco o afinidad, para llegar a acuerdos que eliminen las discordias familiares y permitan sanas relaciones de convivencia. La estructura del sistema judicial impone a las personas mecanismos de ataque y defensa convirtiéndolos en contrarios, empero, las personas en conflicto no siempre se ven como adversarios o si sienten que lo son, no siempre lo tendrán que ser.¹³

Una situación que podemos tomar como ejemplo es el divorcio sin expresión de causa o incausado, que cuando fue instaurado fue fuertemente criticado por algunos y por otros visto como un gran avance dentro de la sociedad; como todo depende del punto de vista y mientras para algunos significa el debilitamiento de uno de los pilares de la sociedad y una de las principales

¹³ Gorjón Gómez, F. J. y Steele Garza, J. G., *op. cit.*, nota 6, p.49.

instituciones del Derecho familiar, para otros representa el fin de un calvario interminable dentro de los juzgados.

Es cierto que el amor, el respeto, la solidaridad son factores de suma importancia para la solidez de una unión matrimonial; es cierto también que la falta del primero no sólo afecta a cualquier otro valor asociante sino que puede generar intolerancia, rencor y hasta odio y por todo ello es aconsejable poner toda la atención para mantener una situación favorable en la unión matrimonial, con amor, dedicación, atenciones, respeto y en general, procurar el bienestar de la pareja, pero en la vida diaria se multiplican las desavenencias, los desacuerdos, los puntos de vista encontrados y hasta los descuidos y desatenciones, los cuales, si bien deben evitarse, no siempre son trascendentes y con un recurso como alcanzar tan fácilmente el divorcio, cualquier disgusto podrá ser el pivote para acabar por esa vía con un matrimonio.¹⁴

El párrafo que acabamos de citar corresponde a una opinión que se encuentra en contra del establecimiento del divorcio sin expresión de causa; concordamos con la opinión de que el amor, el respeto y la solidaridad son principios de suma importancia no sólo dentro del matrimonio sino que dentro de cualquier tipo de relación sentimental, si bien la falta de alguno de ellos puede generar escenarios de intransigencia, resentimiento u odio, la mayoría de los casos son producto de la falta o mala comunicación que se tiene durante la vida en pareja que generan desacuerdos entre ellos.

La solución no es evitarlos sino tratarlos a fondo para intentar llegar a un acuerdo favorable para los interesados, es ahí donde la mediación familiar puede intervenir para evitar que pequeños conflictos lleguen a situaciones mayores. Sin embargo, es importante señalar que las personas estamos en constante cambio y a veces el mantener una relación que ya no funciona como pareja sólo provoca

¹⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El divorcio. Su procedencia por la sola voluntad de uno de los cónyuges y sin expresión de causa*, México, Porrúa, Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2009, colección de Temas jurídicos en breviaros, p.62.

que se deteriore la relación; en estos casos lo mejor es llegar a un acuerdo que les permita separarse pacíficamente y, en su caso, sin dejar de lado la relación de padres que tienen con sus hijos.

El derecho debe adaptarse a las nuevas formas de organización familiar, no debe de ser tan rígido en ese sentido, sino que debe de flexibilizarse para poder establecer medidas efectivas de protección de los menores. Lo importante es que los padres cumplan con sus obligaciones, estén juntos o separados y que los hijos puedan ver en ellos una convivencia pacífica.

No solamente la mediación familiar tiene su importancia en un ámbito local, sino también es de gran ayuda para resolver conflictos internacionales. En nuestro continente aún no son tan conocidos como en el continente europeo en donde el número de matrimonios integrados por cónyuges de distinta nacionalidad, sean de Estados miembros de la comunidad o de países terceros que no pertenecen a la comunidad, han ido en aumento. Por tal motivo se les impulsa a los Estados miembro de la Unión Europea instaurar la mediación en los casos donde se presente un elemento de extranjería, pero en especial en las cuestiones concernientes a los niños relativas a la guarda y custodia junto con el derecho de visita si los padres viven en distintos Estados o llegarán a mudarse a otro Estado y es en este sentido que:

*...la mediación aparece como un instrumento adecuado ante la general aversión a la solución judicial de los conflictos, dado el elevado número de asuntos que penden de los juzgados, lo que conlleva dilatación en la solución, dejando al margen los costes económicos. Pues bien, si estos factores se presentan en muchas ocasiones como disuasorios para que los particulares decidan llevar un asunto ante los órganos judiciales, mayor es aún el temor cuando nos encontramos ante controversias internacionales o transfronterizas, donde a las cuestiones referidas hay que añadir las dificultades derivadas de elementos propios de dicho ámbito, como lo son los conflictos de jurisdicciones y los conflictos de leyes...*¹⁵

¹⁵ Ybarra Bores, A, *op. cit.*, nota10, pp. 158 y 159.

La mediación familiar internacional en este sentido es considerada como el procedimiento apropiado para organizar la guarda y custodia, las visitas y convivencias u otras discrepancias derivadas de la toma de decisiones sobre estos conflictos. Sin embargo, la falta de regulación en la mayoría de los Estados, aunado a las contradicciones que se puedan hallar al no encontrarse unificadas las pocas leyes de los Estados que si la regulan, crean un escenario inseguro para las personas interesadas en la mediación familiar internacional, al no contar con medios idóneos para poder hacer efectivo un acuerdo que se celebre en un Estado dentro del marco jurídico de otro Estado.

Teniendo interés en poder solucionar estos y otros obstáculos, se creó la Directiva 2008/52/CE¹⁶ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Gracias a esta directiva, la Unión Europea pretende fomentar la resolución amistosa de conflictos particularmente a través de la mediación. Esta directiva se aplica a los conflictos transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles, exceptuando los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, así como la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su poder público.

Entre otros aspectos, la directiva establece pues que los Estados miembros den su consentimiento para que los Tribunales sugieran a las partes recurrir a esta modalidad, aunque no podrán obligar a ello, también regula la ejecución de los acuerdos alcanzados gracias a la mediación. Sabemos que los acuerdos alcanzados por mediación suelen ejecutarse voluntariamente con mucha facilidad, pero se busca que los Estados miembros implanten un procedimiento mediante el cual, cuando así lo soliciten las partes, el acuerdo pueda ser homologado por una sentencia, una resolución judicial o un acto auténtico de un órgano jurisdiccional o de alguna autoridad pública, de tal forma que se pueda dar el reconocimiento mutuo y la ejecución de los acuerdos derivados de una mediación en toda la Unión Europea.

¹⁶ Puede consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008l0052:es:NOT>

Dos aspectos más que se regulan en esta directiva son los relativos a la suspensión de los plazos de prescripción y el poder garantizar la confidencialidad y la calidad de la mediación. Respecto al primer punto, los Estados miembros harán lo posible para que con posterioridad las partes no tengan problemas relacionados a la expiración de plazos de prescripción para iniciar un procedimiento judicial o un procedimiento de arbitraje tras una mediación. En cuanto a garantizar la confidencialidad, ni el mediador ni las personas que estén dentro de un proceso de mediación pueden ofrecer pruebas concernientes a la información generada dentro de la mediación. Sólo se admite cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público, especialmente para garantizar la integridad física de una persona, o cuando la revelación del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para ejecutar o poner en práctica este acuerdo. Sobre la calidad de la mediación se determina que los Estados miembros deben fomentar la formación de mediadores, así como la redacción y aplicación de códigos voluntarios de buena conducta para la profesión.¹⁷

Yo creo, en realidad, que sería muy interesante poder adoptar esta medida, tal vez en un inicio no a nivel internacional, sino más bien a nivel nacional estableciendo un acuerdo entre todas las Entidades Federativas de la República para que los convenios que emanen de un procedimiento de mediación realizados en un Estado se puedan homologar y hacer cumplir en otro. Aunque las dificultades que se presentarían son muy significativas. En primer lugar el hecho de que cada Estado cuente con su propia forma de regular las instituciones del derecho familiar como del procedimiento de mediación imposibilitaría en muchos casos la homologación de un convenio derivado de mediación. Aunado a esta situación, no todos los Estados cuentan con un Centro que brinde el servicio de mediación y cuente con el respaldo del Poder Judicial del Estado. Se tendría que hacer un gran esfuerzo por parte de toda la Federación para poder integrar un proyecto donde se le dé un mayor auge a la mediación como un medio para

¹⁷http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/33251_es.htm

resolver conflictos familiares y mejorar las relaciones de los miembros que integran una familia independientemente al Estado en donde vivan.

CONCLUSIONES

1. La patria potestad puede ser definida como el conjunto de facultades que la ley les reconoce a los padres para el cumplimiento de las obligaciones que tienen frente a la sociedad para brindar una educación y protección integral al menor mediante el desarrollo de una convivencia pacífica y respetuosa. Son facultades que se reconocen en función de las obligaciones que tienen que cumplir los padres para garantizar el desarrollo integral del menor y que en caso de no cumplir esas facultades se pueden limitar, suspender o perder.
2. La manera en como puede ser definida la guarda y custodia es el deber que la ley o la voluntad del padre y la madre atribuyen a sí mismos o a un familiar o familiares determinados para hacerse cargo del cuidado inmediato de un menor. La guarda y custodia es un deber y no un derecho, implica una serie de obligaciones respecto al cuidado de un menor; el derecho es el del menor de convivir con ambos padres salvo en casos que no sea propicio para su interés.
3. En relación a las visitas y convivencias, tradicionalmente se entienden como la facultad que tienen las personas que carecen de la guarda y custodia de un menor para convivir con él, sin embargo, nosotros consideramos que el derecho corresponde al menor para poder convivir con sus demás ascendientes y también con otros parientes como abuelos tíos o primos, y se puede hacer extensivo hasta los allegados y amigos.
4. Respecto a la mediación se puede definir como un medio de resolución de conflictos, en donde dos o más personas, con la asistencia de un tercero imparcial y carente de poder decisional, intentan solucionar su conflicto a través del diálogo para poder satisfacer sus necesidades de manera recíproca y pacífica.
5. Por otro lado, la mediación como método de resolución de conflictos, fomenta que las personas asuman la responsabilidad de resolver sus conflictos, priorizando el principio de la autonomía de la voluntad, sin

necesidad de que una autoridad les determine, casi en forma paternal, lo que tienen que hacer; además, promueve la cultura de la paz en donde las personas se dejan de ver como enemigos para verse como colaboradores en la construcción de acuerdos.

6. Sobre la forma de cómo se debe ver a la mediación, consideramos que no debe implicar un medio auxiliar de la vía judicial. Es cierto que a través de la mediación se descarga cierta presión que tienen los órganos jurisdiccionales y se reducen los plazos para las resoluciones judiciales, pero la mediación no tiene que tener como funcionamiento primordial el aligerar la carga de asuntos de los Juzgados.
7. En este sentido, sabemos que la organización del sistema judicial compete exclusivamente al Estado y dentro de sus obligaciones se encuentra la de mantener un sistema de impartición de justicia eficiente, es por eso que la mediación por sí misma debe ser promovida independientemente de cualquier procedimiento jurisdiccional junto con la incursión de otros Medios Alternativos de Solución de Conflictos para que las personas que tengan un conflicto cuenten con distintas opciones para solucionarlo.
8. Existen muchos conflictos que la mediación simplemente no puede solucionar y en otros en los cuales no debe intervenir, por lo cual no se le debe considerar como el remedio jurídico para todos los conflictos. Aunque la gente quiera dialogar para llegar a un acuerdo, subsisten cuestiones legales que no se pueden omitir y que por lo tanto se debe recurrir a los procedimientos establecidos para esos conflictos.
9. Un proyecto interesante consistiría en homologar las legislaciones de las Entidades Federativas en cuanto al procedimiento de mediación y a la ejecución, en caso de ser necesaria, de los convenios que de ella emanen. De esta forma se facilitará a las personas que vivan en un Estado y piensen trasladarse a otro puedan tener la certeza de

que el convenio donde plasmaron su voluntad puede ser ejecutable en cualquier lugar del país.

10. Las ventajas de determinar la guardia y custodia dentro de una mediación familiar son: los menores no se verán inmersos en un proceso judicial donde se les involucre en la toma de decisiones, o bien sean valorados por especialistas que aporten su opinión respecto a qué es lo más conveniente para ellos, sino que en la mediación la decisión recae directamente en los padres; también en éstos últimos se da una mejor comunicación y cooperación que permite mantener una relación sana con proyección al futuro ya que la tensión entre ellos disminuye; genera un espacio de reflexión sobre los problemas de adaptación derivados de una ruptura y para concluir, los acuerdos que generan los padres dentro de la mediación se cumplen en mayor grado al no sentirlo como uno impuesto por un tercero.
11. Finalmente, la determinación de la guardia y custodia a través del procedimiento de mediación familiar es una de las mejores formas para que, los padres reflexionen sobre su condición y las obligaciones que implican el tener el cuidado de un menor y comprender que ambos padres desempeñan un papel importante en la educación del menor tengan o no la guarda y custodia; por otro lado se da una efectiva protección del menor, ya que el mediador procurará que los acuerdos que generen los padres concuerden con el interés superior del menor y, en último lugar, se tiene un menor desgaste en tiempo, económico y emocional.

BIBLIOGRAFÍA

BAQUEIRO ROJAS, EDGARD y BUENROSTRO BÁEZ, ROSALÍA

Derecho de familia, 2a. edición, México, Oxford, 2009.

BARDALES LAZCANO, ERIKA

Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa, México, Flores Editor y Distribuidor, 2011.

BEJARANO SÁNCHEZ, MANUEL

Obligaciones civiles, 6a. ed., México, Oxford, 2010.

BIALOSTOSKY, SARA

Panorama del derecho romano, 9a. ed., México, Porrúa, 2009.

CALCATERRA, RUBÉN ALBERTO

Mediación estratégica, México, Ed. Gedisa Mexicana, 2006.

CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F.

Convenios conyugales y familiares, 4a. ed., México, Porrúa, 2005.

La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales, 4a. ed., México, Porrúa, 2004.

CHÁVEZ CASTILLO, RAÚL

Derecho de familia y sucesorio (curso derecho civil IV), México, Porrúa, 2009.

CICU, ANTONIO

El derecho de familia, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediar S. A. Editres, 1947.

DIEZ, FRANCISCO Y TAPIA, GACHI

Herramientas para trabajar en mediación, Paidós, Buenos Aires, 2006.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO

Derecho civil: familia, 2a. ed., México, Porrúa, 2011.

El divorcio. Su procedencia por la sola voluntad de uno de los cónyuges y sin expresión de causa, México, Porrúa, Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2009, colección de Temas jurídicos en breviaros.

FIERRO FERRÁEZ, ANA ELENA

Manejo de conflictos y mediación, México, Oxford, 2010.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO

Derecho civil: primer curso, 20a. ed., México, Porrúa, 2004.

GÓMEZ FRÖDE, CARINA

Derecho procesal familiar, 2a. ed., México, Porrúa, 2013.

GONZÁLEZ MARÍN, NURIA Y RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS (comps.),

El derecho de familia en un mundo globalizado, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

GORJÓN GÓMEZ, FRANCISCO J. y STEELE GARZA, JOSÉ GUADALUPE

Métodos alterativos de solución de conflictos, 2a. ed., México, Oxford, 2012.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO

Derecho civil para la familia, 2a. ed., México, Porrúa, 2011.

LOZANO RAMÍREZ, RAÚL

Derecho civil, t. I: Derecho familiar, México, Editorial PAC, 2005.

MAGALLÓN IBARRA, MARIO (coord.)

Compendio de términos de derecho civil, México, Porrúa, 2004.

MARGADANT S., GUILLERMO FLORIS

El derecho privado romano: como introducción a la cultura jurídica contemporánea, 26a. ed., México, Esfinge, 2002.

MÁRQUEZ ALGARA, MARÍA GUADALUPE

Mediación y administración de justicia. Hacia la consolidación de una justicia participativa, Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2004.

PASZUCKI, SAMUEL (comp.)

Casos y Cosas de Mediación, Editorial Brujas, Córdoba, Argentina, 2013.

PATIÑO MANFFER, RUPERTO y RÍOS RUIZ, ALMA DE LOS ÁNGELES

(coords.) *Derecho familiar. Temas de actualidad*, México, Porrúa-Facultad de Derecho UNAM, 2011.

PÉREZ DUARTE, ALICIA

Derecho familiar, 2a. ed., México, FCE, 2007.

PETIT, EUGENE

Tratado elemental de derecho romano, 20a. ed., trad. de Dr. José Fernández González México, Porrúa, 2004.

PINA VARA, RAFAEL DE

Diccionario de Derecho, 19ª edición, México, Porrúa, 1993.

PINA, RAFAEL DE

Elementos de derecho civil mexicano, 24a. ed., México, Porrúa, vol. I, 2006.

PUNTES, SALVADOR Y HERNÁNDEZ, MARTHA

La mediación, un acercamiento a la justicia comunitaria, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, México, 2009.

RENDÓN LÓPEZ, ALICIA Y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, ÁNGEL

Divorcio sin expresión de causa en el Distrito Federal. Miradas teórico-reflexivas, México, Porrúa, Facultad de Derecho U.N.A.M., 2012.

RICO ÁLVAREZ, FAUSTO et al.

Derecho de Familia, México, Porrúa, 2011.

RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO

El derecho de visita, José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1997.

SILVA MEZA, JUAN N. Y VALLS HERNÁNDEZ, SERGIO A.

Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Porrúa, 2011.

SOBERANES FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS

Historia del derecho mexicano, 12a. ed., México, Porrúa, 2006.

SOUTO GALVAN, ESTHER (dir.)

Mediación familiar, Madrid, Editorial Dykinson, 2012.

SUARES, MARINÉS

Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas, Paidós, Buenos Aires, 2010.

Mediando en sistemas familiares, Edit. Paidós Mexicana, México, 2009.

TAPIA PARRENO, JOSÉ JAIME (director)

Custodia compartida y protección de menores, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010.

VENTURA SILVA, SABINO

Derecho romano. Curso de derecho privado, 19a. ed., México, Porrúa, 2003.

VINYAMATA CAMP, EDUARD

Aprender mediación, Paidós, España, 2003.

ZAVALA PÉREZ, DIEGO HERIBERTO

Derecho familiar, 3a. ed., México, Porrúa, 2011.

LEGISLACIÓN

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Concursos Mercantiles.

Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.

Ley Federal de Protección al Consumidor.

Ley Federal del Derecho de Autor.

Ley Federal del Trabajo.

Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL.

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Reglamento del Centro de Mediación del Poder Judicial del Estado de Querétaro Arteaga.

Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México.

Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior del Distrito Federal.

Reglamento Orgánico del Banco Nacional de Comercio Exterior.

Reglamento que fija las bases de organización y funcionamiento del Centro de Convivencia Familiar Supervisada.

CRITERIOS DE LA CORTE

Tesis sin número, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Sala Auxiliar, t. CXVIII, octubre de 1953, p. 55, registro IUS 385204. **PATRIA POTESTAD, DERECHOS Y OBLIGACIONES DE QUIENES LA EJERCEN.**

Tesis I.9o.C.175 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, julio de 2010, p. 2005. **PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. TIENE UNA DOBLE FINALIDAD, DE SANCIÓN Y DE PROTECCIÓN, LO QUE OBLIGA AL JUZGADOR A ALLEGARSE DE LAS PRUEBAS NECESARIAS PARA DECIDIR SOBRE AMBOS EXTREMOS.**

Tesis: I.3o.C.699 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVIII, Septiembre de 2008, p. 1380. **PATRIA POTESTAD. PROCEDE SU PÉRDIDA AUN CUANDO SE CUMPLA CON LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS, SI SE ABANDONA AL MENOR Y SE DEJAN DE CUMPLIR LAS OBLIGACIONES DE TIPO MORAL, ÉTICO Y AFECTIVO QUE INFLUYEN EN SU DESARROLLO INTEGRAL, PUES DICHA OMISIÓN GENERA UN TIPO DE VIOLENCIA EMOCIONAL QUE DEBE SER SANCIONADA.**

Tesis: I.8o.C.271 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, Febrero de 2006, p. 1854. **PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA, POR INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).**

Tesis I.3o.C.645 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007, p. 3120. **CUSTODIA COMPARTIDA PREVISTA EN LOS ARTÍCULOS 282, FRACCIÓN V Y 283 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, ELEMENTOS QUE DEBEN TOMARSE EN CUENTA PARA DECRETARLA.**

Tesis: I.5o.C.110 C, 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Agosto de 2010; Pág. 2268. **DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. PERSONAS RESPECTO DE LAS QUE RIGE.**

Tesis: I.5o.C. J/32 (9a.), 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro IX, Junio de 2012, Tomo 2; Pág. 698. **DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. SU CONCEPTO.**

Tesis: I.5o.C.120 C, 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Agosto de 2010; Pág. 2341. **RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. SU CONCEPTO LEGAL.**

Tesis: I.5o.C. J/26, 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Junio de 2011; Pág. 1036. **RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. MODALIDADES PARA SU IMPLEMENTACIÓN.**

Tesis: I.5o.C. J/33 (9a.), 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro IX, Junio de 2012, Tomo 2; Pág. 699. **DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. SU FINALIDAD.**

Tesis: I.5o.C. J/20, 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Junio de 2011; Pág. 963. **DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. LA IMPORTANCIA DE SU EJERCICIO DESDE EL PUNTO DE VISTA PSICOLÓGICO.**

Tesis: I.4o.C.81 C, 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXI, Mayo de 2005; Pág. 1499. **PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA NO SE CONTRAPONA CON EL DERECHO DE VISITAS.**

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

Comité Asesor del Proyecto de Mediación en México, Principios de la mediación, 18 de octubre de 2002, p.8.

http://apps.americanbar.org/rol/publications/mexico_principios_mediacion_s.pdf

CUADRADO I SALIDO, DAVID

“Las cinco etapas del cambio”, Capital Humano, nº 241, Marzo 2010, pp. 56 y 57.

http://www.factorhumano.org/attachments_secure/article/420/c303_cincoetapas.pdf

Defining sexual health. Report of a technical consultation on sexual health 28–31 January 2002, Organización Mundial de Salud, Ginebra, Suiza, 2006, p. 5.

http://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/defining_sexual_health.pdf

Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008l0052:es:NOT>

ESTAVILLO CASTRO, FERNANDO

Medios alternativos de solución de controversias, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr25.pdf>

GONZÁLEZ CONTRÓ, MÓNICA

Derechos Humanos de los niños: Una propuesta de fundamentación, p. 405. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2541/9.pdf>

GONZÁLEZ REGUERA, ELIZABET

Guarda y Custodia del menor. Los niños ante el divorcio de sus progenitores, Congreso Internacional de Derecho Familiar. <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-195s.pdf>

GUILARTE MARTÍN-CALERO, CRISTINA

La custodia compartida alternativa: Un estudio doctrinal y jurisprudencial, InDret. Revista para el análisis del Derecho, España, Abril de 2008. http://www.indret.com/pdf/537_es.pdf

HERNÁNDEZ PRADO, MA. ÁNGELES y ORTEGA RUIZ, PEDRO

“Familias monoparentales y conflictividad escolar”, Addenda a la Ponencia II: Familia, educación y valores, XXIII Seminario interuniversitario de teoría de la educación "familia, educación y sociedad civil", Universidad de Santiago de Compostela, 2004, <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/site/docu/23site/a2prados.pdf>

HERRERA SÁNCHEZ, BEATRIZ

La mediación: una solución igualitaria para la resolución de conflictos. Análisis de la mediación educativa, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2010, p. 14, http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/80254/1/TFM_EstudiosInterdisci_EstudiosInterd_HerreraSanchez_B.pdf

Los derechos de la niñez y la adolescencia en México, UNICEF, http://www.unicef.org/mexico/spanish/17054_17505.htm

Métodos alternativos de solución de conflictos: la mediación. Síntesis de la legislación de la UE. 160.

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33251_es.htm

MEZA FONSECA, EMMA

Hacia una justicia restaurativa en México,

<http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2010/CAPACITACION%20ESPECIALIZESP/bardales/Hacia%20una%20Justicis%20Restaurativa%20en%20M%C3%A9xico%20Emma%20Meza.pdf>

OVALLE FAVELA, JOSÉ

El juicio arbitral en materia civil,

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3228/27.pdf>

PINEDO AUBIÁN, F. MARTÍN

¿...Y eso es conciliable?: (la vigente -y complicada- regulación de las materias conciliables en la ley de conciliación extrajudicial, pp. 7-9,

<http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/22%20Y%20eso%20es%20conciliable%20Martin%20Pinedo%20Aubian.pdf>

QUINTANA ADRIANO, ELVIA ARCELIA

Marco jurídico del arbitraje nacional, regional e internacional,

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2776/16.pdf>

ROMERO NAVARRO, FERMÍN

Hacia el estatuto científico de la mediación. Una propuesta de áreas temáticas que articulan un proyecto docente de formación universitaria en mediación familiar, I Congreso Internacional de Mediación y Conflictología. Cambios sociales y perspectivas para el siglo XXI. Sevilla, 2011.

<http://dspace.unia.es/bitstream/10334/1691/6/1Romero.pdf>

SANTELICES CUEVAS, LUCÍA

“La familia desde una mirada antropológica: requisitos para educar”,

Revista Pensamiento Educativo ,Chile, vol.28, julio 2001,p.190,

<http://pensamientoeducativo.uc.cl/files/journals/2/articles/194/public/194-455-1-PB.pdf>

VINYAMATA, EDUARD

Introducción a la conflictología, Universitat Oberta de Catalunya, p. 18,

<http://telemedicinadetampico.files.wordpress.com/2012/02/introduccion-ala-conflictologia-2.pdf>