

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO**  
**UNIDAD ACADÉMICA PROFESIONAL CUAUTITLÁN IZCALLI**  
**LICENCIATURA EN DERECHO INTERNACIONAL**



LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE  
GUARDA Y CUSTODIA ANTE EL CENTRO DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA PARA LA CIUDAD DE MÉXICO

TESINA

PRESENTADA POR:

**VÁZQUEZ FLORES ABRIL ADELL**

DIRIGIDA POR:

**DR. EN D. MAURICIO JOSÉ HERNANDEZ SARTÍ**

CUAUTITLÁN IZCALLI, ESTADO DE MÉXICO JULIO 2018

**VOTO APROBATORIO**

## DEDICATORIA

Dedico esta Tesina a mis Padres:

Araceli Flores Rojas

Rene Vázquez Lozano

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios:

Agradezco principalmente a Dios por brindarme todo lo necesario para poder cumplir mis metas poco a poco.

A mis Padres:

Por ser los pilares más grandes de mi vida, por el amor que me han brindado, el que nunca dejaron de confiar en mí y apoyarme al cien por ciento, tanto en mi vida académica como en mi vida personal, simplemente sin ellos no podría estar hasta donde ahorita estoy, Gracias.

A mi Hermana:

Que me brindó todos sus conocimientos como Dra. En Derecho y ser un excelente ejemplo a seguir, ya que ha cumplido totalmente sus papeles tanto en lo profesional como madre, como esposa, como mujer.

A mi hija:

Que ha sido mi motor a seguir, y la que me inspira a poder seguir adelante para poder brindarle de alguna manera un ejemplo y un mejor estilo de vida.

A mi Marido:

Que a pesar de todo ha estado conmigo apoyándome siendo el sostén de la casa para poder realizarme profesionalmente.

A mi Asesor:

Dr. en D. Mauricio José Hernández Sarti. Por su valioso tiempo y conocimiento dedicado a la realización de esta tesina.

A mis Revisoras:

Dra. en D. Liliana Antonia Mendoza González y Lic. Claudia Cruz Velázquez por su gran apoyo, por su orientación y tiempo brindado para poder realizar esta tesina.

## RESUMEN

En la tradición jurídica, la expresión de mecanismos alternativos de solución de controversias ha servido para significar mecanismos para resolver conflictos que no requieren autoridades judiciales.

El acceso a la justicia se ha entendido como acceso a la jurisdicción, que se materializa en el derecho de las personas a ser parte de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional hasta obtener una decisión judicial; sin embargo, esa concepción ha venido experimentando una seria preocupación por el excesivo litigio y por su relatividad como acceso para todos.

La Mediación Familiar, como método alternativo de solución de conflictos familiares, puede ayudar a las personas inmersas en problemas de índole familiar a resolverlos por sí mismos con la presencia de una tercera persona neutral e imparcial que los guía y los dirige al camino de la solución, logrando, además, el restablecimiento de la comunicación entre ellos; y por su gran efectividad, es que se aplica y utiliza en diversos países del mundo.

El Centro de Justicia Alternativa es una dependencia del Tribunal que cuenta con autonomía técnica y de gestión, y se instituye para administrar y substanciar los métodos alternos de solución de controversias, particularmente la mediación, para la atención de los conflictos de naturaleza civil, mercantil, familiar o penal, entre particulares, así como para su desarrollo.

El Centro de Justicia Alternativa tiene por objeto: El desarrollo y la administración eficaz y eficiente de los métodos alternos de solución de controversias, principalmente de la mediación, crea estrategias de intervención que tiene como fin conseguir una salida pacífica a los conflictos generados en la convivencia familiar específicamente aquellos en materia de guarda y custodia en los que se ven inmersos los menores, en donde dicho proceso vela por el interés superior del menor.

## **SUMMARY**

In the legal tradition, the expression of alternative mechanisms of dispute resolution has served to mean mechanisms to resolve conflicts that do not require judicial authorities.

Access to justice, it has been understood as access to jurisdiction, which is materialized in the right of people to be part of a process and to promote jurisdictional activity until obtaining a judicial decision; However, this conception has been experiencing seriously, about excessive litigation and its relativity as access for all.

Family Mediation, as an alternative method of resolving family conflicts, it can help people, in family problems to solve them on their own with the presence of a neutral and impartial third person who guides them and directs them to the solution path, also achieving, the restoration of communication between them; and because of its great effectiveness, it is applied and used in various countries around the world.

The Alternative Justice Center is a dependency of the Court that has technical and managerial autonomy and is instituted to administer and substantiate the alternative methods of dispute resolution, particularly mediation, for the attention of conflicts of a civil, mercantile nature, family or criminal, between individuals, as well as for their development.

The Alternative Justice Center has an objective: The effective and efficient development and administration of alternative methods of dispute resolution, mainly mediation, it creates intervention strategies that aims to achieve a peaceful solution to conflicts generated in coexistence family specifically those in matters of custody in which minors are immersed, where said process, it ensures the best interests of the child. In this process, the parties in dispute seek to resolve their differences through negotiations.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. ANTECEDENTES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL Y EN MÉXICO. ....	5
1.1. Precedentes históricos de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos .....	5
1.1.1. Negociación .....	7
1.1.2. Mediación .....	7
<b>1.1.3. Conciliación.....</b>	<b>8</b>
1.1.4. Arbitraje .....	8
1.2. La Mediación Familiar Internacional.....	8
1.3. La Mediación Familiar en México .....	14
CAPÍTULO II. LA MEDIACION FAMILIAR COMO ALTERNATIVA ACTUAL PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE GUARDA Y CUSTODIA ANTE EL CENTRO DE JUSTICIA ALTERNATIVA PARA LA CIUDAD DE MÉXICO. ....	17
2.1. El concepto de mediación .....	17
2.2. Modelos de mediación.....	19
2.2.1. Modelo Tradicional- Lineal (Harvard).....	19
2.2.2. Modelo Transformativo. ....	20
2.2.3. Modelo de Sara Cobb .....	21
2.3. Materias objeto de la mediación.....	22

2.3.1. Mediación Civil.....	23
2.3.2. Mediación Familiar.....	23
2.3.3. Mediación mercantil.....	23
2.4. Principios rectores de la mediación de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para la Ciudad de México.....	24
2.5. Etapas del procedimiento de mediación conforme a la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para la Ciudad de México.....	28
2.6. Ventajas y desventajas de la mediación.....	35
2.7. Limitación de la mediación: los derechos disponibles y los asuntos no mediables.....	39
2.8. Guarda y custodia como conflicto familiar.....	44
2.8.1. Definición de guarda y custodia.....	44
2.8.2. Diferencia entre patria potestad y guarda y custodia.....	54
2.8.3. Derechos y obligaciones que se desprenden de la guarda y custodia.....	56
2.8.4. Relación entre la guarda y custodia con las visitas y convivencias.....	61
2.8.5. Derechos y obligaciones que se desprenden de las visitas y convivencias.	

CAPÍTULO III. LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO RESULTADO FINAL Y PACÍFICO PARA LA DETERMINACION DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS ANTE EL CENTRO DE JUSTICIA ALTERNATIVA DE LA CIUDAD DE MÉXICO.....	73
---	----

3.1. Resultados del estudio sobre los casos en que se puede determinar la guarda y custodia a través de mediación.....	73
--	----

3.2. Cuestionario aplicado a usuarios del Centro de Justicia Alternativa para la Ciudad de México. ....	82
3.3. Cuestionario aplicado a los mediadores del Centro de Justicia Alternativa para la Ciudad de México. ....	83
3.4. La búsqueda de un acuerdo favorable a las necesidades del menor.....	88
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES .....	94
REFERENCIAS .....	96
ANEXOS.....	103

## INTRODUCCIÓN

La mediación familiar es uno de los mecanismos más interesantes, dentro de la modernización de la justicia, para ayudar al entorno familiar y las partes en conflicto, desde su autonomía de la voluntad a arribar a la solución que anhelan. Como señala la doctrina en la materia acertadamente, se trataría de:

Un sistema casi-alternativo al proceso contencioso para la solución de conflictos familiares y de una nueva vía que trata de facilitar a las parejas en litigio las crisis que conllevan las separaciones y divorcios con los evidentes perjuicios para los hijos menores de edad de las mismas, pues es evidente que la situación personal, familiar, afectiva y económica cambia radicalmente para todos; evitando en la medida de lo posible, la profunda insatisfacción que el resultado final de los procesos contenciosos genera en aquellos que los protagonizan. (Giménez, 2006)

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 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.

Referente a lo anterior se justifica la siguiente pregunta de investigación ¿Cómo se resuelven los litigios en materia de guarda y custodia por medio de la mediación familiar ante el Centro de Justicia Alternativa de la Ciudad de México?

Se precisa entonces como objeto de estudio el evaluar la calidad y efectividad de la mediación familiar en el Centro de Justicia Alternativa de la Ciudad de México, basado en la satisfacción de los usuarios.

Constituyen como preguntas de investigación las siguientes:

1. ¿Cuáles han sido los acontecimientos históricos respecto a la mediación familiar en materia de guarda y custodia ante el Centro de Justicia Alternativa de la Ciudad de México?
2. ¿Cómo se aplica actualmente la mediación familiar en materia de guarda y custodia en trámite ante el Centro de Justicia Alternativa de la Ciudad de México?
3. ¿Qué acciones se deben aplicar para lograr la correcta mediación familiar en materia de guarda ante el Centro de Justicia Alternativa de la Ciudad de México?

Para contribuir a la solución del problema planteado, se establece como objetivo general de la investigación: Evaluar la calidad y efectividad de la mediación familiar en el Centro de Justicia Alternativa de la Ciudad de México, basado en la satisfacción de los usuarios.

Como objetivos específicos los siguientes:

1. Examinar los acontecimientos históricos que se han aplicado en la mediación familiar en materia de guarda y custodia ante el Centro de Justicia Alternativa de la Ciudad de México.
2. Diagnosticar la situación actual de la mediación familiar en materia de guarda y custodia en trámite ante el Centro de Justicia Alternativa de la Ciudad de México.
3. Determinar las acciones que debe tener la mediación familiar para lograr la correcta mediación en materia de guarda y custodia ante el Centro de Justicia Alternativa de la Ciudad de México.

La investigación está estructurada en tres capítulos que se describen a continuación:

En el capítulo primero, se abordaron los precedentes históricos sobre los métodos alternativos de solución de conflictos en donde se tratará a fondo sobre los inicios de la mediación familiar en materia de guarda y custodia, donde se examinó en el ámbito internacional y a nivel nacional ante el Centro de Justicia Alternativa para la Ciudad de México.

Con respecto al capítulo segundo, es referente a la situación actual sobre la mediación familiar para la determinación de guarda y custodia.

Finalmente, el capítulo tercero se hace referencia a las acciones que determinó la mediación familiar para la determinación de la guarda y custodia ante el centro de justicia alternativa.

La tesina se realizará conforme al tipo de investigación cualitativa, la cual permitirá determinar con precisión las cualidades que la mediación familiar ofrece para alcanzar los resultados esperados. Los métodos de investigación serán teóricos, criterios de calidad y cuestionario, descriptivo, observación y deductivo. El instrumento a utilizar es la técnica documental.

## **CAPÍTULO I. ANTECEDENTES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL Y EN MÉXICO.**

En la tradición jurídica, la expresión de medios alternativos de solución de controversias (en adelante MASC) ha servido para significar mecanismos para resolver conflictos que no requieren autoridades judiciales. Los conflictos son hechos inevitables que han existido en toda sociedad, los cuales han sido resueltos tanto por las mismas partes inmersas en él como en presencia de un tercero encargado de resolver tal cuestión, de ahí que sea:

“importante la solución a los mismos a través de métodos pacíficos que resulte factible utilizar donde se ayuden a las personas a resolverlos de la mejor forma posible, tal es así, que desde los primeros milenios ya se veía la utilización de estos métodos” (Clavo, 2012).

### **1.1. Precedentes históricos de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos**

El primer antecedente y el más relevante es conflicto, cuando el hombre vivía en tribus, la forma que utilizaban para hacer justicia era la invasión a otros pueblos o, para beneficiarse como grupo, era a través de la guerra, en donde el más fuerte era quien subordinaba a su contrincante.

---

#### **Ley de Tali3n**

**Ojo por ojo y diente por diente**

#### **Legislaci3n Isl3mica**

**Las sanciones van desde azotes, hasta la mutilaci3n del cuerpo seg3n el delito cometido**

(Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa, 2016)

Heráclito consideraba que la vida era un constante cambio, por lo tanto, visualizaba el conflicto como un promotor de cambios, cambios que a su vez generaban conflictos. “En la revolución francesa, la historia menciona que en año 1789, la justicia dejó de ser administrada por una autoridad absoluta y se generó la división de los poderes en ejecutivo, legislativo y judicial”. (Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa, 2016)

“En la primera década de este siglo se ha experimentado un rápido desarrollo en los poderes judiciales de México para ofrecer servicios públicos alternativos para solucionar conflictos”. (Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa, 2016) En la actualidad veintiocho entidades federativas cuentan con instituciones especializadas y veinticinco tienen legislado en la materia.

Es de señalarse que nuestro país ha optado por esta posibilidad, haciendo factible que las personas podamos recurrir de modo alternativo a la negociación a la mediación y al arbitraje, a la conciliación extrajudicial como vía previa al proceso judicial y a la conciliación aun en el mismo proceso judicial.

Los MASC son y fueron desde la época prehispánica los medios para poder alcanzar la resolución al problema que al hombre le afecta, las tribus, grupos étnicos de nuestros antepasados buscaban esa parte mediática para vivir en paz, es importante satisfacer las necesidades de las personas, para que exista la plena felicidad, que es la que el hombre siempre busca y aspira lograr.



Se dice que el hombre no es conflictivo ni violento por naturaleza. Robinson Crusoe, decía que era un individuo socializado que llevo la socialización a su hipotética isla.

Las condiciones histórico-culturales son las que sirven de base a los comportamientos reales de los hombres, de acuerdo a las experiencias de cada persona, les dan valor a las palabras, por su cultura y manera de ver la vida, de esto depende la diversidad de opiniones y manifestación de ideas.

### **1.1.1. Negociación**

Es una conversación entre dos o más personas para conseguir un arreglo de intereses divergentes o bien para un acuerdo mutuo. La capacidad de negociación implica identificar las posiciones propias y ajenas, intercambiando concesiones y alcanzando acuerdos satisfactorios para ambas partes.

### **1.1.2. Mediación**

Procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia, buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial denominado mediador. En México contamos con la mediación pública, la cual se lleva a cabo en el Centro de Justicia Alternativa, que trata las materias civil, mercantil, familiar y de justicia para adolescentes, y la mediación privada que la realizan particulares capacitados y certificados en el Centro.

### **1.1.3. Conciliación**

Es un procedimiento con una serie de etapas, a través de las cuales las personas que se encuentran involucradas en un conflicto conciliable por la ley, encuentran la manera de resolverlo a través de un acuerdo satisfactorio para ambas partes. Esta figura involucra también a un tercero neutral e imparcial llamado conciliador que actúa, siempre habilitado por las partes.

### **1.1.4. Arbitraje**

Es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión denominada laudo, que es obligatoria para las partes sobre dicha controversia. Al elegir el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales.

## **1.2. La Mediación Familiar Internacional**

Los primeros antecedentes que se conocen sobre la mediación se refieren a la intervención de personas con reconocimiento moral en sus comunidades, como los ancianos o los ministros religiosos, quienes se hacían cargo de aconsejar a aquellos que tenían problemas, con el fin de mantener la armonía en la convivencia social. “Estas costumbres se mantienen en los grupos que han preservado sus tradiciones, pero con el tiempo este tipo de apoyo se ha diversificado y ha pasado de lo empírico a lo profesional”. (Villa & Padilla Trainer, 2001)

En lo particular, la mediación familiar ha tomado dos caminos: uno se refiere al tratamiento o manejo de conflictos diversos, como las dificultades entre padres e hijos, entre hermanos adultos por la custodia de sus padres ancianos, las dificultades emanadas de intestados o la administración de bienes o patrimonio; el otro se encarga en especial de los divorcios y en la actualidad es el más extendido. (Singer, 1996)

En algunos países, la mediación se da tanto en la práctica privada y gubernamental, en instituciones que ofrecen atención a la familia. “En Canadá, por ejemplo, los jueces recomiendan que las parejas que desean divorciarse acudan a una instancia de mediación antes de tramitar legalmente su separación”. (Singer, 1996)

Hay autores que distinguen los conceptos de mediación familiar y mediación en el divorcio, como Van Munster, quien señala que el término mediación familia es más amplio y debe distinguirse de la mediación en el divorcio porque puede incluir temas aislados como: custodias, visitar, pensiones, apoyo, administración de bienes, división de propiedades, disputas padre-hijo y otros conflictos intergeneracionales. (Munster, 1991, p. 292)

Desde la existencia del hombre, se han utilizado formas diversas no judiciales o alternas al juicio, para la solución de conflictos como, por ejemplo, la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, entre otros. “En el mundo hispanoamericano existía el Tribunal de Aguas de Valencia en España desde el año 1321 del reinado de Jaime II, que usaban la mediación entre los campesinos del lugar en el conflicto de agua”. (Paíz, 2007)

La mediación, aunque no se la haya denominado con este término, es una de las formas más antiguas de solución de conflictos, problemas y disputas. En las culturas china y japonesa, la mediación tiene una larga y antigua tradición. En muchos países de África, las asambleas o juntas de vecindario presididas por una personalidad o autoridad respetada, ha constituido un mecanismo formal de solución de conflictos muy próximos a la mediación. En Grecia, el sistema utilizado guardaba más similitud con el arbitraje actual o el proceso judicial (juez), la cuestión se ponía en manos de un tercero neutral al que las partes se sometían. En el Imperio Romano, aparece la palabra *intercessio*, para describir el acto por la que un magistrado de igual o inferior rango vetaba a otro en sus decisiones, estando este presente. En España, lo más aproximado a la mediación actual, el órgano que puso en práctica una técnica parecida a la mediación como forma de solución de los conflictos que surgieran en su ámbito, fue el Tribunal de las Aguas de Valencia o Tribunal de la Vega,

se discute por los historiadores, si este organismo tiene sus raíces en la cultura árabe o romana. (Cejudo Abogados, 2017)

En China, Inglaterra, Noruega, Nueva Zelanda, Canadá, Italia, Suecia, Alemania, Japón. Australia y Francia, crearon en los años ochenta el Código de Mediación. El estado de la Florida, en el año de 1976, se puso a la vanguardia la mediación anexa al poder judicial, con legislación.

“En Canadá existe la mediación desde 1979 en materia de familia y en su ley se contempla la mediación en 1985. En Latinoamérica el país que inició la práctica de los métodos alternos de solución de conflictos fue Colombia” (Paíz, 2007). Existe mediación, desde finales de la década de los ochenta en Argentina, Brasil, Chile, Bolivia, Uruguay, México, Honduras, El Salvador. Costa Rica.

“Estados Unidos y Canadá fueron los pioneros en cuanto a la aplicación de la mediación en la solución de conflictos familiares, se practica desde la década de los sesenta. En Estados Unidos se regula y aplica oficialmente a partir de 1978” (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2017). En estos países, la mediación comenzó con la característica de ser voluntaria o privada, y en su última etapa, durante la segunda mitad de la década de los ochenta y los noventa, ya se regula incluyéndose en la legislación civil.

En Estados Unidos, ejercían tanto la mediación como el arbitraje para resolver sus desavenencias comerciales, sin recurrir al litigio. No obstante, los antecedentes y modelos de mediación más conocidos en los Estados Unidos provienen de los procedimientos de resolución de desavenencias laborales industriales. “Según Kressel y otros autores, algunos de los primeros escritos que proponían la adaptación de técnicas alternativas para resolver conflictos interpersonales se apoyaban precisamente en esos antecedentes”. (Cruz, 2010)

Aunque ya se había observado anteriormente, es a finales de la década de los 60 cuando la sociedad estadounidense expresa un gran interés por las formas alternativas de resolución de desavenencias, o "Alternative Dispute Resolutions" (ADR), es decir

"mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales".

Estudiosos del derecho como L. Fuller, F. Sander, Roger Fisher, todos ellos de la Harvard Law School, o el conocido autor Howard Raiffa, han contribuido notablemente a la formación del pensamiento teórico respecto a los procedimientos y aplicación de técnicas para la resolución de conflictos fuera de los tribunales. (Cruz, 2010)

Argentina, en el decreto de promulgación que regula la mediación, incluyendo a la mediación familiar como una de sus formas, declara que la mediación es una figura de interés público y nacional. De igual forma, la mediación es aplicada y regulada en diversos países del continente americano, podemos mencionar a Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Puerto Rico, República Dominicana y Uruguay, entre otros.

En el caso de Europa, países como Suiza, Bélgica e Italia han utilizado la mediación, desde la década de los ochenta, sobre todo para resolver situaciones de índole familiar derivadas del divorcio y de la filiación, aunque de forma privada, ya que no hay legislación sobre el particular. "No así en el caso de Francia, Inglaterra y España que cuentan con regulación específica en materia de mediación familiar". (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2017)

A Europa llegó en los años 70 y desde entonces, se viene utilizando en mayor o menor medida, de una forma u otra en distintos países. La implantación de la mediación familiar en Europa se lleva a cabo a partir de la Recomendación 1/1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en el que recomendó a los gobiernos de los Estados miembros introducir la mediación familiar, promoverla o, en su caso reforzarla, adoptando y fortaleciendo las medidas necesarias. (Cejudo Abogados, 2017)

La Constitución española del año 1978, obligó a llevar a cabo una serie de reformas en las que normas como el Código Civil, tuvieron que adaptarse al aprobarse reformas (año

1981) en el Derecho de Familia (igualdad de derechos entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y los no nacidos en él, tutela...).

Ley del Divorcio, más conocida en su época “Ley de Ordóñez”, en alusión al ministro que la impulsó don Gregorio Fernández Ordóñez, que lo fue de Hacienda y Justicia con Adolfo Suárez en el partido UCD, (Unión de Centro Democrático), acabando finalmente integrado en el PSOE (Partido Socialista Obrero Español), con Felipe González Márquez, como ministro de Asuntos Exteriores. (Cejudo Abogados, 2017)

Con frecuencia se considera en la mediación como una novedad, aunque en realidad tiene una historia muy larga en muchas civilizaciones y culturas diferentes. En la antigua China, ya en el siglo V a.C., Confucio instaba a las personas a usarla en lugar de ir al tribunal, con la advertencia de que la litigación causaba resentimiento en los disputadores y les impedía cooperar entre sí. Por tanto, recomendaba que, en lugar de pleitear, encontrasen un pacificador neutral que les ayudase a alcanzar un acuerdo. Algunos antropólogos han descrito la tradición existente en muchos lugares de África de convocar una asamblea o reunión en la que se piden la intervención de los ancianos de la tribu para resolver una disputa entre individuos, familias o pueblos. Hay muchos ejemplos de comunidades en Europa y América del Norte que en el pasado ya usaban la mediación. Los deberes de un jefe indio cheyenne incluían su actuación como pacificador y mediador para solucionar cualquier riña que surgiese en el campamento. La mediación era el medio preferido por los antiguos cuáqueros para resolver las disputas matrimoniales y comerciales. En Inglaterra, en la década de 1860 se crearon las primeras comisiones de conciliación con el objetivo de contribuir a la resolución de disputas en ciertas industrias. Existe también una larga tradición conciliatoria en las comunidades hebreas. La comunidad judía de Nueva York instituyó el Comité Judío de Conciliación en 1920 para alentar la resolución consensual de conflictos. En todos los ámbitos de la vida, la mediación se ha usado de

maneras diferentes para facilitar la comunicación y ayudar a los disputadores alcanzar acuerdos. (Parkinson, 2005, p. 23)

Su aplicación se ha formalizado más en muchos campos (en el laboral, industrial y comercial en el de la salud y la educación y el sistema penal, particularmente en programas de reparación a la víctima). La mediación comunitaria sirve para resolver disputas entre vecinos respecto de linderos ruidos o el uso compartido de servicios e instalaciones y en los litigios entre propietarios de viviendas y sus arrendatarios.

Al nivel internacional, se reclama la ayuda de los mediadores en la resolución de disputas entre los diversos países y comunidades. Así, intervinieron en la negociación de un acuerdo entre Israel y los palestinos respecto a la retirada de las fuerzas armadas israelíes de la parte oriental de la ciudad de Hebrón en enero de 1997. Aunque las esperanzas de paz en el Próximo Oriente han quedado destruidas, esto no significa que se diálogo deba cesar; más bien es impredecible que continúe, con renovadas energías y con la determinación de encontrar soluciones pacíficas.

En julio del 2000, Nelson Mandela, anterior presidente de Sudáfrica y probablemente el más famoso mediador internacional, empleó sus habilidades pacificadoras en el destructivo enfrentamiento dentro de Sudáfrica por causa del sida instando a científicos y a políticos a trabajar juntos en la lucha contra una enfermedad que está devastando África. En el año 2000 se otorgó el Premio Nobel de la Paz al presidente de Corea del Sur, Kim Dae Jung, por su esfuerzo incansable en resolver el conflicto y promover la paz entre Corea del Norte y Corea del Sur. Desde su elección como presidente, Kim Dae Jung ha mejorado espectacularmente las relaciones entre los dos países a través de su política de reconciliación de los 70 millones de coreanos. (Parkinson, 2005, p. 24)

En algunos países, la mediación es el medio habitual de arreglar disputas, e incluso se ha instaurado como obligatorio. “La China moderna, con más de mil millones de habitantes, tiene casi un millón de mediadores. La oferta se encuentra disponible más o

menos por todas partes y habitualmente se derivan a mediación las disputas familiares, comunitarias y laborales”. (Cloke, 1987)

Los mediadores chinos y japoneses tienen autoridad, y se pretende que defiendan los valores morales, reprochen el mal proceder de una parte y alaben al otro por actuar correctamente. Se insta a los litigantes a que se resuelvan sus diferencias de una manera responsable y pacífica por el bien de la familia y de la sociedad en su conjunto. Este concepto paternalista rige tanto en China como Japón, donde este énfasis en los preceptos morales y en la persuasión parece funcionar bien.

Por contraste, en otros países se concibe la mediación como medio para fortalecer en los participantes su capacidad de tomar sus propias decisiones y de llegar a acuerdos. Muchos países han aprobado leyes y creado procedimientos para que los tribunales puedan derivar casos a mediación y fomentar acuerdos prejudiciales. Australia fue uno de los primeros países en sancionar una ley que promoviese el uso de la mediación en disputas familiares (Ley australiana de Derecho de Familia, 1975) cuya promulgación precedió la difusión de los servicios de mediación familiar. En Inglaterra y Gales, la Ley de Derecho de Familia de 1996 se cimentó sobre la experiencia de veinte años de servicios de mediación familiar surgidos de iniciativas locales y de voluntariado. (Parkinson, 2005, pp. 24-25)

### **1.3. La Mediación Familiar en México**

En consecuencia, podríamos decir que en todo momento histórico las distintas instancias del control social, formal e informal, han aplicado formas y estilos diversos de mediación de manera simultánea, complementaria o interrelacionada, porque el mantenimiento del orden social no depende exclusivamente del derecho penal estatal; que determinadas situaciones problemáticas se aborden con unas concretas formas y estilos, depende según la historia demuestra, de factores como la complejidad social, las diferentes estructuras relacionales, los propios valores de la sociedad, etcétera.

Por ello, siempre han existido procedimientos más o menos informales de solución de conflictos, de estructura bilateral o trilateral, orientados hacia la negociación y compromiso. “La mediación tiene, una corta historia, pero largo pasado; no es una fórmula nueva en la ingeniería jurídica, ni producto de circunstancias sociales de nuestro tiempo. Precisamente por su inabarcable historia, interesa ahora solo una referencia a sus antecedentes próximos”. (Paíz, 2007)

Ante esta situación, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México y el Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México, desde el año 2001, han programado y realizado diversas acciones que culminaron con la creación del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México (CJA) creado en 2003. Su efecto en la población ha sido bien recibido pues ya existen cientos de testimonios personales de individuos agradecidos al CJA por haber facilitado soluciones negociadas a sus conflictos y por el cambio que operó en sus personas y relaciones personales. (CJACDMX, 2017)

Proyecto Inicial para la Inserción de los Métodos Alternos de Solución de Controversias en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México para el periodo 2003, en el que prevé la creación del CJA, y en el que se propuso iniciar con la impartición del servicio de mediación, en una primera etapa, únicamente en la materia familiar a partir del 01 de septiembre de ese mismo año.

Reformas a la Ley Orgánica del Tribunal, donde se destaca la modificación al artículo 200, que faculta al Consejo de la Judicatura a “expedir acuerdos generales para el desarrollo de programas de soluciones alternativas de controversias”. Promulgadas el 1º de abril de 2003. (CJACDMX, 2017)

El acuerdo 16-23/2003, en el que resolvió “autorizar la aprobación y ejecución del Proyecto de Justicia Alternativa”, emitido por el Pleno del Consejo de la Judicatura, facultado en términos del citado artículo 200 de la Ley Orgánica del Tribunal, del 7 de mayo del citado año. (2003)

Dicho Proyecto se centró en el logro de cinco objetivos a alcanzar antes de la fecha fijada para iniciar el servicio de mediación familiar, a saber:

1. Establecer la normatividad que regiría su funcionamiento;
2. Contar con los mediadores que proporcionarían el servicio;
3. Determinar el presupuesto y la estructura organizacional necesaria;
4. Formalizar los acuerdos con aquellas instancias que fungirían inicialmente como proveedoras de los casos materia de mediación, y
5. Acondicionar el espacio físico en el que se instalaría nuestro servicio.

La expedición de las Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, que entraron en vigor el 3 de septiembre de 2003. (CJACDMX, 2017)

Se está intentado desde todos los ámbitos darle impulso a la mediación como forma de resolución y gestión de conflictos, intentando descongestionar los tribunales de la carga que sufren actualmente. (CJACDMX, 2017)

## **CAPÍTULO II. LA MEDIACION FAMILIAR COMO ALTERNATIVA ACTUAL PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE GUARDA Y CUSTODIA ANTE EL CENTRO DE JUSTICIA ALTERNATIVA PARA LA CIUDAD DE MÉXICO.**

En la actualidad observamos situaciones conflictuales violentas verbales y físicas, son hechos reprobables que muestran una carencia de dialogo. Se necesita sensibilidad y ganas de resolver los conflictos que tienden agudizarse y que no solo abarcan relaciones intersubjetivas, si no que alcanzan a la humanidad, la mediación es de gran beneficio para la sociedad.

Cuando se habla de la complejidad en los MASC este condicionamiento ayuda a comprender los orígenes del conflicto y su estadía en el proceso para lograr un resultado exitoso. Fundamental es la comunicación para la solución de conflictos, estos canales deben estar abiertos para que por medio del diálogo y consenso pueda existir esa solución al problema existente.

### **2.1. El concepto de mediación**

La mediación, es la intervención en una disputa, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de poder de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable, es decir, el mediador conduce a las partes para que de ellas emane un acuerdo. (Christopher, 1995, p. 43)

“Por otra parte Norma López Faura define la mediación como una negociación triangular con la participación de un tercero neutral que no tiene poder de decisión”. (Faura, 1997, p. 240) El definir la mediación como un triángulo hace referencia a las dos partes y al mediador imparcial que lleva la sesión.

“Según Ma. Guadalupe Márquez Algara, mediación es un procedimiento no adversarial, pacífico y cooperativo de resolución de conflictos cuyo propósito es lograr un acuerdo rápido y sin los costos de tiempo, dinero y esfuerzo que implicaría un proceso judicial”. (Marquez, 2004, p. 85). Con respecto a la definición anterior menciona las ventajas que

conlleva el uso de la mediación, referente al ahorro de tiempo, dinero y el desgaste emocional a las que son expuestas las partes en los procesos judiciales.

De las diversas, pero a la vez semejantes definiciones que se pueden encontrar respecto de este medio alternativo de gestión de conflictos, podemos concluir que la mediación es de una técnica muy abundante, la que consiste en la intervención de un tercero cuyo objetivo es facilitar la comunicación entre las partes a fin de que éstas logren por sí mismas acuerdos en torno a un conflicto. (Lambert, 2005, p. 38)

La mediación es un proceso que emplea a un tercero neutral -el mediador- para facilitar las negociaciones entre las partes de un conflicto con el fin de llegar a una solución mutuamente aceptable. Las mediaciones son:



A diferencia de un árbitro o un juez, el mediador no les impone una solución a las partes intervinientes. En lugar de ello, trabaja con las partes para ayudarlas a definir sus objetivos y resolver sus diferencias. “Aunque la mediación es un proceso no obligatorio, en la gran mayoría de los casos el resultado es un acuerdo a la vez vinculante y exigible”. (Picker B. G., 2001, p. 16)

La mediación suele tener el efecto de reformar la visión del conflicto que tienen las partes por vía de ir más allá de la negociación sobre cuestiones tales como “quien incumplió” o el alcance de los “daños” sufridos por una de las partes. El proceso crea la oportunidad de explorar intereses comerciales más profundos y de examinar las relaciones entre las partes en conflicto. Un mediador competente, por lo tanto, puede ayudar a las partes a superar hostilidades y posturas legales ya a menudo puede elaborar soluciones creativas con orientación comercial. (Picker B. G., 2001, p.16)

La mediación ofrece la posibilidad de hallar una solución en la que todas las partes salgan ganando, a diferencia del arbitraje y el pleito, en los que hay un ganador y un perdedor.

## **2.2. Modelos de mediación.**

Si bien los doctrinarios coinciden con los aspectos básicos del proceso de mediación, existen algunas diferencias en lo referente a los objetivos primarios y secundarios. Dentro de las distintas escuelas o modelos sólo se mencionarán las tres más trascendentales y significativas con mayor impacto como lo son el modelo de Harvard, el modelo transformativo y el modelo circular narrativo.

### **2.2.1. Modelo Tradicional- Lineal (Harvard).**

Realmente no se trata de un modelo de mediación sino de negociación. Su enfoque es de negociación asistida por una tercera persona que facilita el proceso de cooperación centrada en los intereses que propugna para la resolución del conflicto entre las partes.

El modelo Harvard trata de satisfacer los intereses de las partes con un propósito más enfocado a "tratar de ampliar la torta" (Sabenius, 1987) (Sabenius, 1987) y menos en la comunicación que tratan los otros modelos. El mediador como facilitador del proceso, debe marcar la sistematización del modelo paso a paso.

El objetivo principal de este modelo es que las partes pueden concretar una negociación colaborativa gracias a la asistencia de un tercero, proponiendo que las partes traten de trabajar para resolver el conflicto de manera colaborativa. “Se trata de un proceso por

medio del cual el mediador trata de facilitar la comunicación e interacción entre las partes con la finalidad de disminuir sus diferencias". (Sabenijs, 1987).

### **2.2.2. Modelo Transformativo.**

Busch y Folger hacen una crítica constructiva al enfoque de resolución de problemas. Parten de la concepción del conflicto como una oportunidad de crecimiento, más concretamente de una oportunidad para el crecimiento moral. Este crecimiento moral de la persona en el proceso de mediación se expresa en dos dimensiones: la del fortalecimiento del yo y la de la superación de los límites para relacionarnos con otros.

La mediación supone un proceso de aprovechamiento de esa oportunidad. "la idea es que en el criterio alternativo basado en estas premisas, los conflictos aparecen como fecundas oportunidades de crecimiento, y la mediación representa un modo de aprovechar cabalmente tales oportunidades". (Giménez Romero, 2001).

Por otra parte, el objetivo de este modelo no es resolver un conflicto mediante el logro de un acuerdo, sino la transformación o mejora de la relación, quiere ir más allá del acuerdo. No es que se desestime o subvalore los acuerdos, pero lo central y primordial es la mejora de la relación. Sin además hay acuerdo mejor que mejor, este va a llegar como consecuencia o derivación del cambio de la relación. Se orienta a la comunicación y las relaciones interpersonales de las partes. Se enfoca en lograr que las relaciones humanas fomenten el crecimiento moral, promoviendo el reconocimiento de cada persona. (Marquez, 2004, p. 93)

La finalidad esencial de este modelo es a diferencia del modelo de Harvard modificar la relación entre las partes; se centra en las relaciones interpersonales, por lo que no se pone mucha atención en la obtención del acuerdo, aunque por supuesto es el objetivo del proceso de mediación, pero éste se dará como consecuencia de esa nueva situación. "El convenio sólo se logrará en la medida que los participantes encuentren una nueva mirada del otro y de sí mismos." (Marquez, 2004, p. 93)

Como lo menciona Ma. Guadalupe Márquez Algara el modelo transformativo se enfoca a lograr que se fomenten en las relaciones humanas el crecimiento moral, promoviendo la revalorización y el reconocimiento de cada persona.

### **2.2.3. Modelo de Sara Cobb**

Como en otros modelos, pero muy particularmente en éste caso nos encontramos ante una síntesis de diversos marcos teóricos. Marinés Suares indica que el modelo circular narrativo se ha nutrido con las conceptualizaciones, las investigaciones y las técnicas provenientes de otras áreas de las ciencias sociales. Se orienta a la utilización de la narración de las personas en la Mediación, teniendo como objetivo llegar a un acuerdo mediante la comunicación e interacción de las personas.

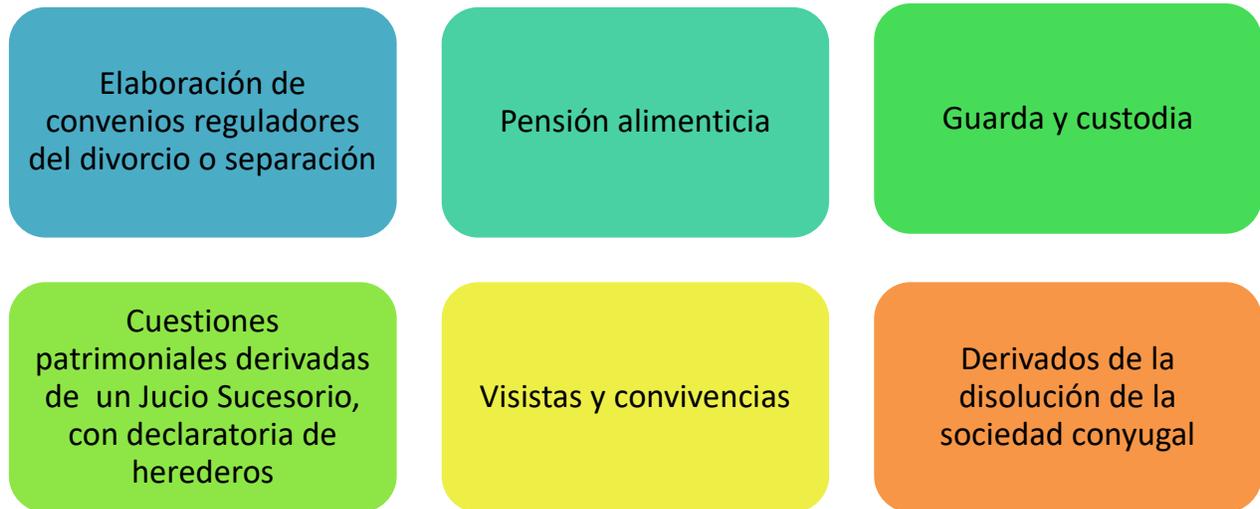
La comunicación es concebida como un todo circular: las partes más el mensaje. Abarca los aspectos relacionales y pragmáticos y se tiene en cuenta tanto los elementos verbales (comunicación analógica; relaciones). Se parte asimismo del axioma número uno de Wetslavick acerca de la imposibilidad de "no comunicarse". En cuanto a la causalidad, el punto de partida es que no hay una causa y los factores, también es circular como en el modelo transformativo.

Para Sara Cobb, mediar no es arbitrar u "ordenar" entre las partes en conflicto sino ingresar a un sistema (con un "tercero" incluido) de búsqueda de acuerdos mínimos, en el cual se transparente meta-sistema: la aprehensión de los mecanismos que permiten la salida o el logro de esos acuerdos. Donde si bien importa alcanzar acuerdos, también importa el protagonismo de las partes y su legitimación, y el logro de un aprendizaje más profundo que es el que las partes obtengan sus recursos para aprender a resolver conflictos (meta-aprendizaje).

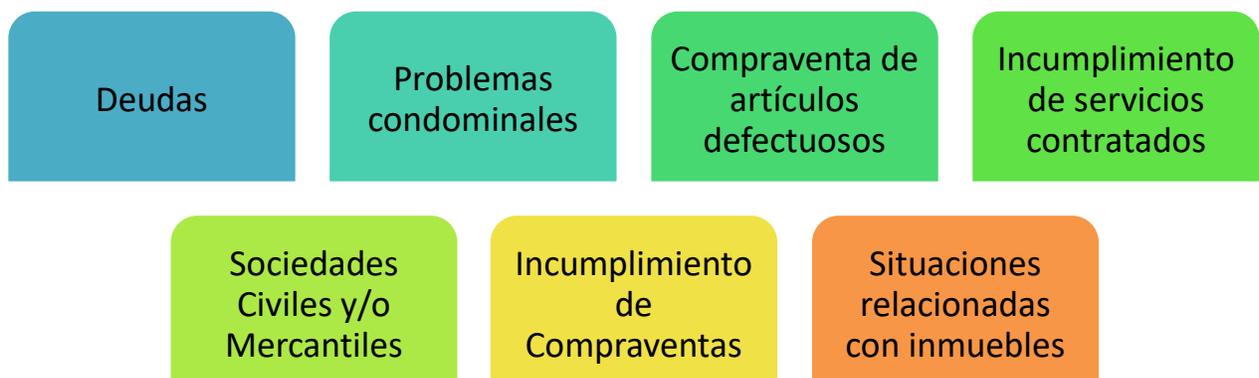
El mediador no soluciona "en el lugar de" sino que se posiciona en la intervención (etimológicamente un venir entre) para que los polos (o partes) que configuran la tensión de los conflictos se dialoguen construyendo una nueva narrativa o historia. La meta es transformar la historia para lograr el acuerdo.

### 2.3. Materias objeto de la mediación

Dentro de la Ley de Justicia Alternativa para la Ciudad de México indica en el artículo cinco las materias objeto de la mediación, en donde encontramos actualmente la mediación en materia familiar en donde se pueden solucionar conflicto como:



Es importante resaltar que tanto en el área familiar como civil-mercantil no siempre los asuntos son mediables, es por ello que se pasa por un filtro que se detallará más adelante. En materia civil-mercantil se pueden solucionar los siguientes asuntos.



### **2.3.1. Mediación Civil.**

Los conflictos de carácter civil que se buscan mediar son aquellos entre personas físicas y/o colectivas (excepto los familiares y mercantil) que mediante un convenio entre las partes se llegue a un acuerdo común, evitando los gastos que requiere un juicio y obteniendo los beneficios de la mediación de manera casi inmediata para ambas partes, no existen los ganadores o perdedores.

### **2.3.2. Mediación Familiar**

La mediación familiar es un sistema de resolución de conflictos a que llegan las partes, ayudadas por un tercero imparcial llamado mediador familiar. “El mediador los ayuda a obtener una solución que surja de ellos mismos, a través de sesiones realizadas fuera del tribunal, en un ambiente que favorece el entendimiento”. (Guía legal, 2012)

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; las que surjan de esas relaciones con terceros, así como por sucesiones testamentarias e intestamentarias.

El objetivo de la mediación en algunas cuestiones de la materia familiar es la de evitar desgaste a las partes, pero principalmente si hay hijos se busca el bienestar del o los menores, evitando el tradicional desgaste para todas las partes, incluyendo la necesaria presencia en una sala de juicio oral en audiencia prácticamente personal con la autoridad. Situación inevitable y en práctica en México a partir de la relativamente reciente reforma Constitucional en Derechos Humanos y de implementación del nuevo juicio oral.

### **2.3.3. Mediación mercantil**

Las que deriven de relaciones entre comerciantes, en razón de su participación en actos de comercio, considerados así por las leyes correspondientes. Si en algún momento los que quieran acordar el pago de una deuda ya sea con o sin el documento que la sustente, pero con la voluntad de las partes de por medio; es importante señalar que la mediación

mercantil es entre comerciantes a diferencia de los conflictos donde PROFECO es el mediador entre el consumidor y el vendedor.

#### **2.4. Principios rectores de la mediación de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para la Ciudad de México.**

La mediación se sustenta en una serie de principios que es preciso conocer. Estos son las bases para la actuación de un tercero sobre un conflicto ajeno y así pueda enmarcarse en los principios de la mediación. Durante todo el proceso, el mediador deberá velar porque se cumplan los siguientes principios en los términos que a continuación se señalan. Es obligación del mediador dar a conocer todos estos principios a los usuarios, al momento de comenzar el proceso.

**Voluntariedad:** “La participación de los particulares en la mediación deberá ser por propia decisión, libre y auténtica”. (Ley de Justicia Alternativa para la Ciudad de México, 2008)

En lo que respecta al principio de voluntariedad, se refiere a que el mediador debe recordarles a las partes que su intervención en el proceso de mediación es voluntaria y que una vez iniciado el procedimiento no es posible obligar a las partes a permanecer en él, pueden retirarse o desistirse de la misma cuando así lo estimen conveniente, es decir, pueden optar por no continuar, ya que son las partes quienes se involucraran en el proceso libremente y son los que tienen el poder de decisión.

De la misma manera, es el mediador quien en algunos casos después de haber estudiado y trabajado por algún tiempo en el proceso de mediación, al no ver resultados puede dar por terminada la misma; esto suele darse cuando no hay avance, cuando hay rigidez extrema en cuanto a las posiciones de las partes intervinientes y cuando es notable la mala colaboración de las mismas en el proceso, salvo en el caso en el que las partes deseen continuar con el procedimiento.

Este mismo principio dentro de nuestro particular punto de vista no cabe cuando lo analizamos desde otra perspectiva, como lo es en las legislaciones de otros países como Argentina (por mencionar alguno), en donde podemos encontrar algunos casos en los que la mediación es obligatoria, es decir previa a toda instancia judicial, esto puede ser por ley o por decisión de algún juzgador que se encuentre conociendo de algún asunto y que considere pertinente enviar a las partes a mediación por considerar a ésta como el medio más idóneo para finiquitar un litigio.

**Confidencialidad:** “La información generada por las partes durante la mediación no podrá ser Divulgada”. (Ley de Justicia Alternativa para la Ciudad de México, 2008)

La confidencialidad es de exorbitante importancia para el proceso de mediación, debido a que sin ella sería muy complejo tanto para el mediador como para las partes el poder adentrarse en los intereses individuales subyacentes que tiene cada una de las partes con respecto al conflicto, esto con la finalidad de una fácil y ágil búsqueda de posibles soluciones hasta llegar a la que complazca a las partes. (Abad, 2017)

El principio de confidencialidad, apunta que las partes involucradas dentro del proceso deben poder comunicarse con libertad, de la misma manera deben de realizar un convenio por escrito para no revelar ni divulgar todo aquello que se confió en la mediación; se ha de pactar que el mediador no podrá fungir como testigo en cualquier tipo de proceso, lo anterior con la finalidad de que los mediados puedan trabajar con confianza y se puedan expresar libremente sin miedo a que posteriormente le cause perjuicio en algún otro procedimiento en el caso de llegar a un acuerdo por medio de la mediación y tomando en cuenta que para que haya una buena mediación debe de haber una participación activa de las partes.

**Flexibilidad:** “La mediación carecerá de toda forma rígida, ya que parte de la voluntad de los mediados”. (Ley de Justicia Alternativa para la Ciudad de México, 2008)

El principio de flexibilidad se refiere a que las partes deben mostrarse abiertos a la negociación en la mediación; deben de ceder en cuanto a sus intereses con la finalidad de obtener un acuerdo justo.

Por otra parte se refiere a que las partes intervinientes dentro del proceso de mediación (el mediador y las partes) no se sujetarán dentro del mismo proceso a formalismos o solemnidades como lo es característico de todos los litigantes al poner en movimiento al órgano jurisdiccional a través de la solicitud de la tutela jurídica estatal, en donde en las leyes que regulan el procedimiento o leyes adjetivas, contemplan tanto términos como etapas procesales previamente establecidas, mismas que se deben de seguir y respetar por los litigantes.

**Neutralidad:** “Los mediadores que conduzcan la mediación deberán mantener a ésta exenta de juicios, opiniones y prejuicios propios respecto de los mediados, que puedan influir en la toma de decisiones”. (Ley de Justicia Alternativa para la Ciudad de México, 2008)

La neutralidad significa que los principios y valores propios del mediador quedan fuera y debe abstenerse de manifestarlos en la mediación. El mediador no puede dar opiniones personales respecto a los temas que se estén mediando.

**Imparcialidad:** “Los mediadores que conduzcan la mediación deberán mantener a ésta libre de favoritismos, inclinaciones o preferencias personales, que impliquen la concesión de ventajas a alguno de los mediados”. (Ley de Justicia Alternativa para la Ciudad de México, 2008)

La imparcialidad implica que los mediadores deberán ser imparciales en relación con los participantes, no pudiendo tomar partido por ninguna de ellos, deben abstenerse de promover actuaciones que comprometan dicha condición. Si tal imparcialidad se viere afectada por cualquier causa, deberán rechazar el caso , es por esto, que la legislación contempla causales de inhabilidad del mediador para tomar un caso, como el parentesco, el ser

curador de una de las partes, el que le ha prestado servicios profesionales como por ejemplo de abogado, psicólogo etc. (Valdés López, 2017)

**Equidad:** Los mediadores propiciarán condiciones de equilibrio entre los mediados, para obtener acuerdos recíprocamente satisfactorios. (Ley de Justicia Algternativa para la Ciudad de México, 2008)

Desde este principio, el mediador deberá siempre indagar si los mediados entienden claramente los contenidos y alcances de ese acuerdo. Cuando el mediador detecte desequilibrio de poderes entre los mediados, procurará, sobre la base de sus intervenciones, balancear el procedimiento, buscando un procedimiento equilibrado.

**Legalidad:** “La mediación tendrá como límites la voluntad de las partes, la ley, la moral y las buenas costumbres”. (Ley de Justicia Algternativa para la Ciudad de México, 2008)

Cuando el mediador dude sobre la legalidad o viabilidad de un acuerdo, o sepa, o razonablemente sospeche, que éste está basado en información falsa o de mala fe, deberá recomendar a los mediados que consigan consejo de otros, preferiblemente expertos en el campo relacionado con el contenido del acuerdo, antes de finalizarlo, teniendo cuidado de no perjudicar el procedimiento de mediación y/o alguno de los mediados por esta intervención.

**Economía:** “El procedimiento deberá implicar el mínimo de gastos, tiempo y desgaste personal”. (Ley de Justicia Algternativa para la Ciudad de México, 2008)

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”. (Valdés López, 2017). De esta forma, una de las razones principales por las cuales se ha 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.

## **2.5. Etapas del procedimiento de mediación conforme a la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para la Ciudad de México**

Las etapas del proceso de mediación son con base al artículo 30 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para la Ciudad de México. (Ley de Justicia Alternativa para la Ciudad de México, 2008) (Ver anexo 1)

### **I. Inicial:**

- a) Encuentro entre el mediador y sus mediados;
- b) Recordatorio y firma de las reglas de la mediación y del convenio de confidencialidad;
- c) Indicación de las formas y supuestos de terminación de la mediación;
- d) Firma del convenio de confidencialidad; y
- e) Narración del conflicto.

### **II. Análisis del caso y construcción de la agenda:**

- a) Identificación de los puntos en conflicto;
- b) Reconocimiento de la corresponsabilidad;
- c) Identificación de los intereses controvertidos y de las necesidades reales generadoras del conflicto;

d) Atención del aspecto emocional de los mediados;

e) Listado de los temas materia de la mediación; y

f) Atención de los temas de la agenda.

### III. Construcción de soluciones:

a) Aportación de alternativas;

b) Evaluación y selección de alternativas de solución; y

c) Construcción de acuerdos;

### IV. Final:

a) Revisión y consenso de acuerdos; y

b) Elaboración del convenio y, en su caso, firma del que adopte la forma escrita.

El proceso de mediación se desarrolla con sesiones conjuntas, y que tienen la finalidad de que en un principio el mediador tenga la oportunidad de conocer la información necesaria para poder comprender los intereses de cada una de las partes y posteriormente para poder ayudarlas a encontrar una solución.

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 de la Ciudad de México (en adelante Reglamento Interno del Centro).

Como antes se menciona en el artículo 30 de la Ley de Justicia Alternativa, 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.

Es ahí donde se formulan las solicitudes es 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 caso.

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. Las solicitudes se presentan de manera oral o escrita, en este último caso mediante carta, telegrama, 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 cómo se enteraron del servicio.

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. (Pujol, 2017)

Todos los datos personales recabados son incorporados y protegidos en el Sistema de Solicitud de Servicio de Mediación de cada área, este recibe el nombre de Sistema Informático del Centro de Justicia alternativa (SICEJA) ; 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. 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 solicitante; por correo, para lo cual el solicitante debe proporcionar el domicilio completo del invitado; o cualquier otro medio efectivo de comunicación.

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 a cabo 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 a participar, se cerrará el registro y se le comunicará al solicitante la imposibilidad de llevar a cabo una mediación.

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 traslada a la sala de mediación, en donde se les recuerdan las reglas de la mediación que les fueron explicadas en la premediación. (Valdés López, 2017)

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 determinado. (Diez & Gachi, 2006)

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 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.

## **2.6. Ventajas y desventajas de la mediación**

Ya que se ha explicado cómo se lleva acabo 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 Suares 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. (Suarez, 2010, p. 51)

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”. (Valdés, 2017)

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 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 artes 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 realista, siempre y cuando no contravenga lo establecido por la ley. (Marquez, 2004, p. 91)

Para finalizar con las fortalezas, “cuando una persona logra solucionar un conflicto adquiere la capacidad de solucionar 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 tácito”. (Suarez, 2010, 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. En este sentido 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 conseguirlo. (Sánchez, 2010, p. 14)

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 mediación”. (Suarez, 2010, pp. 53 y 54)

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

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. (Calcaterra, 2005, p. 59 )

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 algunos 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.

## **2.7. Limitación de la mediación: los derechos disponibles y los asuntos no mediabiles**

En este tema se analizará 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". (Pinedo, 2014)

En cuanto a los derechos disponibles, podemos mencionar que el Código Civil para la Ciudad de México 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 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.

Se considera 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. (Martínez, 2017)

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 manifiesta” (Vinyamata, 2003, p. 33); 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. Calcaterra 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”. (Calcaterra, 2005, p. 49)

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.

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 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... (Paszucki, 2013, pp. 241 y 242)

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.

## **2.8. Guarda y custodia como conflicto familiar**

Por guarda y custodia se entiende vivir, cuidar y asistir a los hijos. Es independiente de la patria potestad. La guarda y custodia se puede atribuir a uno de los cónyuges, compartida entre ambos o a una tercera persona.

Para decidir sobre qué progenitor debe ostentarla rige el principio del beneficio del menor, en el caso en que no exista acuerdo entre los padres, además de oír al propio menor, se ponderarán las aptitudes de los cónyuges, relaciones con los hijos, condiciones y entorno de cada uno de los progenitores y todas aquellas circunstancias que ofrezcan la estabilidad y equilibrio en el desarrollo integral del menor.

Para garantizar el acierto en la resolución judicial, el Juez puede acordar de oficio que se practiquen las pruebas necesarias para dictaminar la idoneidad sobre quién debe ostentar la patria potestad o la custodia. Por ejemplo, el que se realice un dictamen de un especialista competente.

### **2.8.1. 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 ruptura 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”. (Valdés, 2017)

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”. (Real Academia Española, 2018)

Para el vocablo custodia el Diccionario de la lengua española nos remite a la palabra custodiar que significa guardar con cuidado y vigilancia. 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.” (Magallón, 2004, p. 266) 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.” (Ibarra, 2004, p. 125) 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.” (Vara, 1993, pág. 304)

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 la Ciudad de México, 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. (Vara, 1993)

Los autores Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez en su libro Derecho de familia explican que el concepto de guarda presupone que el menor tiene que vivir con su progenitor 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”. (Baqueiros & Buenrostro, 2009, p. 272)

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 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. (2008, p. 12)

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 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”. (Real Academia Española, 2018) En este caso el padre y la madre son quienes se turnaran la titularidad del derecho de guarda.

“La guarda y custodia es el deber que tiene que cumplir el familiar del menor al cual sea encomendada, algunos autores” (Alvarez, 2011, p. 418) 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 refiere Eduardo A. Zannoni: “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” (Chavez, 2004, p. 284). Simplemente se determina conforme al interés superior del menor, y así velar por su bienestar.

Hay que reconocer, que al tratar sobre patria potestad podemos hacer referencia al italiano Antonio Cicu; 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. (1947, p. 128)

El deber de la guarda y custodia se desprende del artículo 416 del Código Civil para la Ciudad de México 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.

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 la Ciudad de México: “...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 aquélla 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. (Tesis I. 3o. C.J./ 645, 2007, p. 3120)

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 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. (2009, p. 273)

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.

En adición a lo anterior existe otro aspecto muy importante, dentro de todo lo que se ha 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 través de las reformas que la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México 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. (Silva & Valls, 2011, pp. 177)

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 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. (Tapia, 2010, p. 143)

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 convivencia haciendo a un lado el interés superior del menor”. (Pérez, 2007, p. 347) considerando que no se prevee el desorden emocional que esto puede causar para los menores, y por ello se debe ser muy minucioso al momento de determinar este tipo de custodia.

### **2.8.2. Diferencia entre patria potestad y guardia y custodia.**

Recordaremos sus definiciones. La patria potestad es el conjunto de facultades que la ley 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 se define 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 del 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 deben de resolver relacionados con la persona de los hijos menores de edad, es de los primeros que a los padres les interesa establecer. (Bautista, 2017)

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 alguno 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.

Además, 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. En contraste, 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. (Pérez Duarte, 2007, pp. 341 y 342)

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.

### **2.8.3. 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 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. Dentro del siguiente cuadro expondremos los deberes y derechos de los padres y de los hijos.

<b>Relaciones jurídicas paterno filiales</b>			
<b>Padres</b>		<b>Hijos</b>	
<b>Deberes</b>	<b>Derechos</b>	<b>Deberes</b>	<b>Derechos</b>
Cuidado y custodia	Fijar domicilio familiar	Vivir en el 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
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

(Chavez, 2004, p. 288)

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 la Ciudad de México 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.” (Chavez, 2004, p. 300) Por ejemplo, si un padre le pide a su hijo que su lenguaje sea correcto frente a otras 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 permitan”. (Chavez, 1999, p. 69) 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.

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 la Ciudad de México 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 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. (Baqueiros & Buenrostro, 2009)

Finalmente, sólo recordaremos que el artículo 414 Bis del Código Civil para la Ciudad de México 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 la Ciudad de México. Este artículo establece que le son aplicables al pariente 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”. (Bardales Lazcano, 2011), es decir, quien no tiene la patria potestad, no lo deslinda de las obligaciones con las que se debe cumplir para las necesidades y el bienestar del menor.

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.” (Rico Álvarez, 2011) El fundamento a su argumento son los artículos 421, 267 y 282 del Código Civil para la Ciudad de México.

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 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 del Código Civil de la Ciudad de México, 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.

#### **2.8.4. 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. Atiende a la necesidad de los hijos menores de contar con la presencia de ambos padres en su vida y no solo el derecho de los padres a convivir con ellos. En la vida cotidiana se da el supuesto de que a uno de los padres no se le permita la visita o convivencia con sus hijos o bien les sea condicionado.

La ley regula el derecho de visita y convivencia en el artículo 416 Bis de código civil, 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 del Código Civil de la Ciudad de México 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. (Tesis: I. 5o. C.J./ 110 c, 9a época, 2010, p. 2268)

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 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”. (Rivero, 1997).

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.” (Magallón Ibarra, 2004, p. 93). 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. (Tesis: I. 5o.C. J/32 (9a), 2012, p. 698)

Conviene, sin embargo, advertir que el concepto descrito abarca principalmente al establecimiento de una convivencia supervisada y no al derecho común, por así decirlo, de las visitas y convivencias. Existen lugares específicos que determinan donde realizarse visitas que tienen que ser supervisadas.

Por otro lado, el 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 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 tienen 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...” (Morán, 2010, p. 75).

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 Reguera (González Reguera), lo más común es que se establezca un 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. (Tesis: I. 5o. C,J./ 9a Época; T.C.C, 2010, p. 2341)

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 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. (Tesis: I 5o. C.J./26, 9a época T.C.C, 2011, p. 1036)

De lo contrario 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 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. (Tesis: I 5o. C.J./33, 9a época T.C.C, 2012, p. 699)

La importancia del establecimiento de visitas y convivencias radica en que durante a 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. Dentro de la familia incursiona 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 punto de vista psicológico el ejercicio del derecho de visitas y convivencias es de gran importancia para el desarrollo del menor. (Tesis: I 5o. C.J./20, 9a época T.C.C, 2011, p. 963)

Al respecto se ha mencionado 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” (Rivero Hernández , 1997, p. 33), les siguen los que las han tenido pero las relaciones con el padre que no tiene la guarda y custodia se perdieron.

Finalmente, los que nunca han tenido un régimen de visitas son los peores ajustados socialmente. Por lo tanto, 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. (Morán, 2010, p. 75)

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 del menor, sin embargo, como explica la autora Mónica González Contró: “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.” (2014)

Respecto al interés superior del menor; el 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 con base al interés superior del menor;
- el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su familia;
- a protegerlo de cualquier prejuicio, 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. (Silva Meza & Valls Hernández, 2011, pág. 184)

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 y cuidados.

La relación entre el derecho de visita y convivencia con la guarda y custodia. No es difícil observar que, 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 extender hasta otros parientes y allegados siempre y cuando se esté actuando conforme al interés superior del menor.

#### **2.8.5. Derechos y obligaciones que se desprenden de las visitas y convivencias.**

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 la Ciudad de México 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 pérdida 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 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. (Tesis: I. 4o. C.J. 81 C, 9a época T.C.C., 2005)

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. (Rivero, 1997, pp. 79 y 80)

Dentro de las visitas y convivencias hay convivencias supervisadas. Esta 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 Convivencia Supervisada del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, 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 Supervisada 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 que no la ejerce y que tiene derecho a convivir con él, así como la vigilancia que se requiere para el regreso del menor, en este supuesto la convivencia no se realizan dentro del Centro, sino que el personal del Centro se limita a supervisar la entrega y regreso del menor, para protegerlo de la fricción que pueda existir entre ambos padres.

Otro de los servicios que brinda es la evaluación psicológica. 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 se encontró 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 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”. (Valdés, 2017) 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 III. LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO RESULTADO FINAL Y PACÍFICO PARA LA DETERMINACION DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS ANTE EL CENTRO DE JUSTICIA ALTERNATIVA DE LA CIUDAD DE MÉXICO.**

#### **3.1. Resultados del estudio sobre los casos en que se puede determinar la guardia y custodia a través de mediación**

Cabe mencionar 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 de la Ciudad de México, anteriormente se podía 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”. (Bardales, 2011, p. 96 ). Se menciona anteriormente porque en la actualidad ya no se aplica la mediación penal en el Centro de Justicia Alternativa.

Si se analiza el concepto de separación del hogar común, encontramos que puede haber dos situaciones: la primera consiste en tres modalidades: el divorcio, la separación de los cónyuges y la terminación del concubinato; la segunda situación que es 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 la Ciudad de México 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 la Ciudad de México 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 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 de la Ciudad de México, 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 cómo se atenderán las necesidades de los hijos menores para establecer quién 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”. (Rendón & Sáncz, 2012)

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 honorarios. 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:

- 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 conyugales. “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”. (Gómez, 2013, p. 27)

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 cuidarán 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 pueda 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 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 subsisten, 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. (Gómez, 2013, pp. 27 y 28)

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:

- 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.

Posteriormente, 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. 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 pueden 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 de la Ciudad de México, la guarda y custodia puede quedar a cargo del 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 monoparentales,

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. (Hernández & Ortega, 2004)

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 sobre quién y de qué forma se dará el cuidado del menor, en tanto ellos consiguen mejorar su situación para restablecer 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 sea los que ya se han 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.

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. (Vinyamata, 2003, p. 18)

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-Ross, 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. (Cuadrado I Salido, 2010, pp. 56 y 57)

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 tercera etapa, las personas piensan que pueden volver a retroceder en el tiempo y 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. 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 decisi3n de no retorno del hijo, donde la prontitud en restablecer el derecho violado es la prioridad o si supone un riesgo de retrasar el retorno r3pido del ni1o.

Pese a tal consideraci3n, puede ser que algú n mediador, utilizando diversas t3cnicas 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. (Ybarra, 2007, pp. 162 y 163)

### **3.2. Cuestionario aplicado a usuarios del Centro de Justicia Alternativa para la Ciudad de M3xico.**

El presente cuestionario (ver anexo 2), fue aplicado a los usuarios que han acudido al Centro para solicitar el proceso de mediaci3n, as3 como los que no la buscaban, pero fueron invitados por los solicitantes para determinar temas de índole familiar. Principalmente aquellos usuarios que solicitaban el proceso para determinar la guarda y custodia del menor o los menores.

¿C3mo calificar3a la ayuda brindada por el CJA?

Existe la satisfacci3n en Ud. en relaci3n con la atenci3n y el manejo dado a su problema en el CJA

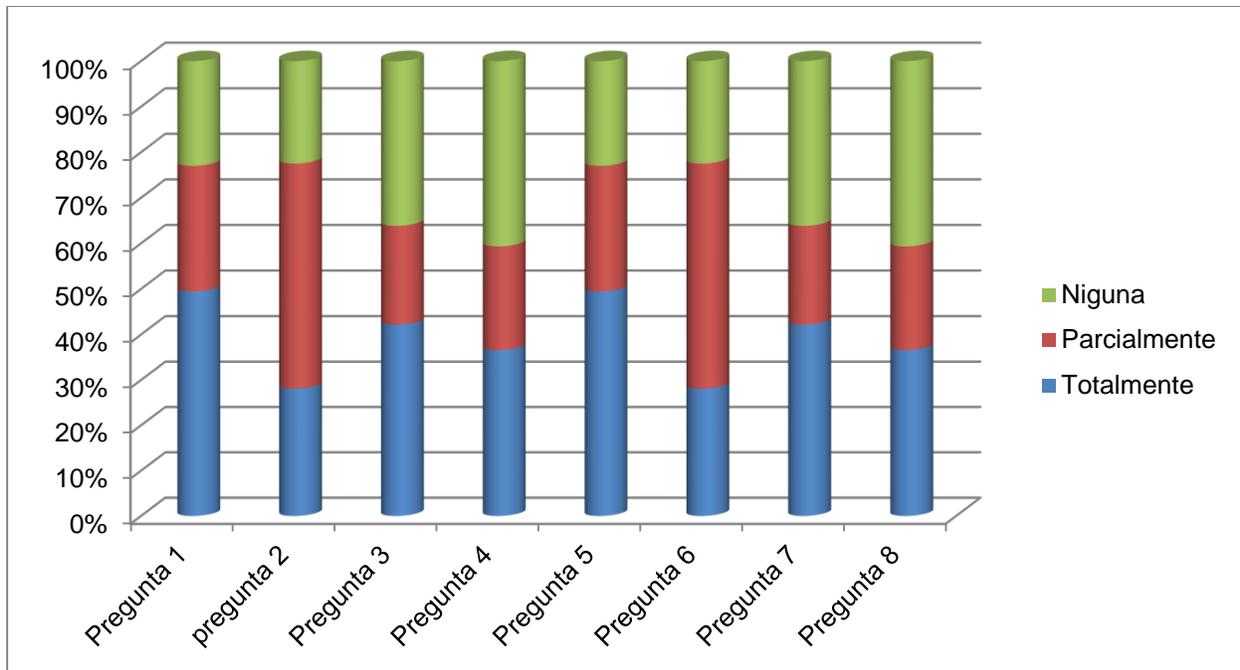
¿Cúal fue el tipo de conflicto en el cual acudio al CJA?

Si su problema al acudir al CJA es de índole familiar. ¿Cree Ud. que el personal que le atendió, es el adecuado?

¿Considera que el personal que labora en el CJA cuenta con suficiente conocimiento sobre la Guarda y Custodia ?

Si usted acudi3 al CJA para solucionar su problema. ¿En qué medida su caso fue solucionado?

Cree usted que un programa de mediaci3n familiar ayudar3a a las parejas en crisis a:



### 3.3. Cuestionario aplicado a los mediadores del Centro de Justicia Alternativa para la Ciudad de México.

Finalmente, el instrumento metodológico aplicado fue un cuestionario a los mediadores familiares del Centro. Donde se mostró una parte de las funciones que realiza como parte de la Ciudad de México, en las funciones que realizan para la determinación de guarda y custodia. (Ver Anexo 3)

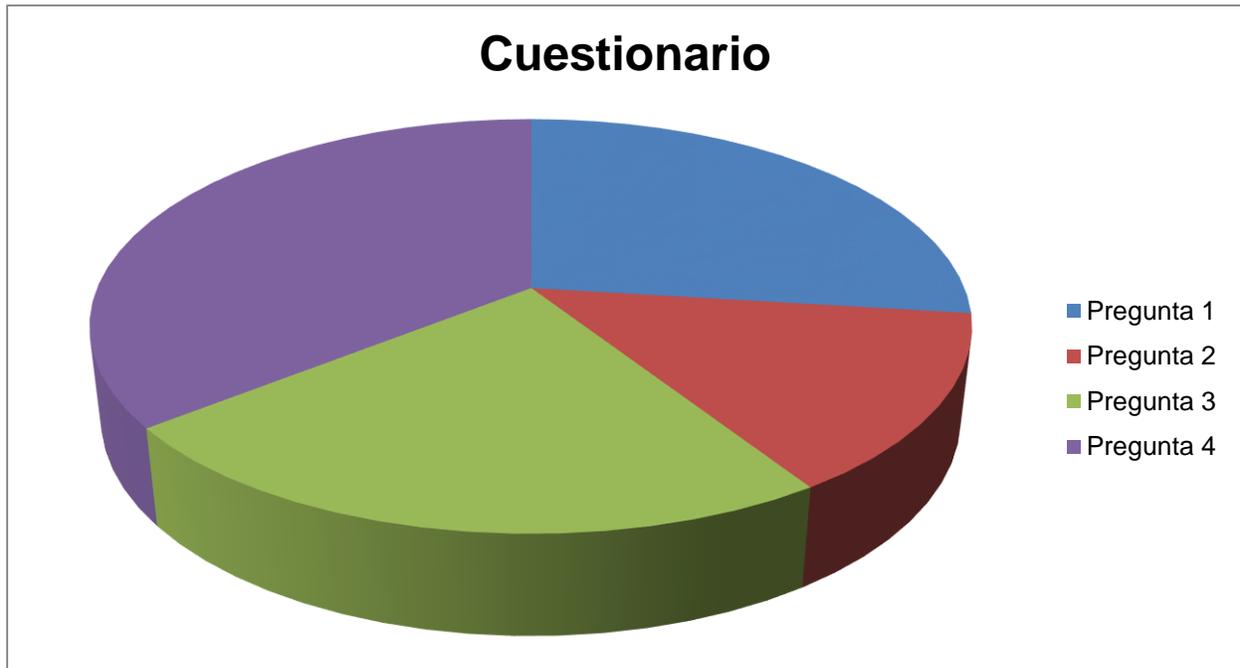
¿Considera que ud. cuenta con todos los conocimientos necesarios relativos a la materia familiar, para poder ayudar a las partes en conflicto?

¿Cómo considera la ayuda proporcionada por CJA a los usuarios?

En su calidad de mediador indique usted ¿Con qué frecuencia conoce asuntos relacionados con conflictos de guarda y custodia?

¿Qué porcentaje del 100% de los casos logran llegar a un convenio?

El cuestionario se enfocó principalmente en seguimiento de casos de índole familiar en donde se determina la guarda y custodia de los menores. Es importante mencionar que el alcance de los convenios realizados por los mediadores indica la eficacia de este proceso.



Con base a los resultados de la investigación pudimos establecer las ventajas y desventajas del proceso de mediación y con ello poder determinar las recomendaciones para la mejora del procedimiento. Respecto a las observaciones en la mediación en los casos se expuso lo siguiente:

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.

Como tercera 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 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 restablecer o reorganizar los roles de la madre y el padre, cuando cesa su relación como pareja, 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 interaccionar. 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 consensuado por ambos y el mediador bajo ninguna circunstancia suscribirá uno que contenga un acuerdo que no fue adoptado por las personas involucradas en el procedimiento, si no está conforme con el acuerdo el mediador facilitará las condiciones para que las partes lleguen a un mutuo acuerdo.

Otro de los aspectos que aclararemos es separar el acuerdo económico que es estipulado a favor de los hijos menores y al acuerdo 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. Conflicto que en la actualidad es muy polémico.

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.

### **3.4. La búsqueda de un acuerdo favorable a las necesidades del menor**

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. La estructura familiar 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

“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”. (Brena Sesma, p. 21). 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.

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. (Martínez, 2017)

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 cuales 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 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, 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.

## CONCLUSIONES

1. La guarda y custodia es definida como el deber que tiene que cumplir el familiar del menor al cual sea encomendada. Algunos autores consideran que es un derecho y deber. Sin embargo, considero que, comprende tanto derechos como deberes recíprocos.
2. La forma en que se define 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 define como un medio de resolución de conflictos, en donde dos o más personas, con la asistencia de un tercero imparcial y carente de poder decisonal, intentan solucionar su conflicto a través del diálogo para poder satisfacer sus necesidades de manera recíproca y pacífica.
5. 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, se considera que no debe de 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. Dentro de sus obligaciones se encuentra la de mantener un sistema de impartición de justicia eficiente. Es por eso que, la mediación por si 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 de 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 de 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 guarda 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 guarda 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.

## RECOMENDACIONES

De acuerdo con el objetivo general de la investigación y el estudio realizado en las áreas que intervienen en el proceso de mediación familiar para la determinación de la guarda y custodia ante el Centro de Justicia Alternativa para la Ciudad de México.

El hecho de que padres y madres conversen sobre situaciones de sus hijos en una entidad que promueve el diálogo como herramienta para llegar acuerdos pacíficos es un valor extraordinario a favor de la sociedad. La satisfacción se encuentra no solo en los padres de los niños, niñas y adolescentes, sino, en el propio equipo de mediadores.

Las razones para promover la mediación a través de este medio de comunicación, es que la gente trate de comprender, que los conflictos necesariamente tienen que enfrentarse con coraje, con objetividad; de lo contrario nunca terminarían resolviéndose y todo lo contrario podrían solucionar por el método menos adecuado: la violencia.

Es por lo anterior el origen de las siguientes recomendaciones. Después de realizar este análisis e investigación creo oportuno realizar algunas recomendaciones que considero de lugar en este tema.

**PRIMERA:** Proponer al Congreso Nacional el anteproyecto de Código de Familia, trabajado por organizaciones gubernamentales y no gubernamentales. Cuyo objeto es profundizar y garantizar la familia como elemento relevante de la sociedad.

**SEGUNDA:** Que la Conciliación y la Mediación Familiar sea insertada como obligatoria en los temas de familia con énfasis en alimentos, guarda, regulación de visitas, autorización de viajes, filiación en otros; a favor de la persona menor de edad.

**TERCERA:** Insertar en los planes de estudio de la carrera de Derecho en todas las universidades mexicanas los Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MASCs). Para de esa manera contar con profesionales de derecho expertos en solución pacífica de conflictos y por supuesto tener profesionales capaces de ofertarle a sus clientes otra forma de abordar sus conflictos.

CUARTA: Que el Centro de Justicia Alternativa para la Ciudad de México tenga un crecimiento ya que solo existen de 4 a 6 mediadores familiares para atender todos los casos en dicha materia.

QUINTA: Que en la Ciudad de México se incorpore un programa con técnicas de Asesoría y Mediación Familiar para una mejor convivencia familiar y disminuir los divorcios en los juzgados civiles de la localidad.

SEXTA: Que este programa sirva para incrementar la comunicación entre padres e hijos, lo que ayudaría a solucionar los conflictos provenientes de las relaciones familiares, sin enfrentamientos, manteniendo una coherencia entre lo que se pretende solucionar; transmitir a los hijos cualidades positivas del otro progenitor.

SÉPTIMA: Que es importante recurrir a la mediación familiar, para disminuir las tensiones que se producen por la separación el divorcio o la ruptura de una pareja de hecho que conlleva además de un proceso jurídico una transformación familiar.

## REFERENCIAS

- Abad, U. (2017). *American Bar*. Recuperado el 20 de enero de 2018, de Proyecto para la mediación en México: [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/roli/mexico/mexico\\_principios\\_mediacion\\_sp.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/roli/mexico/mexico_principios_mediacion_sp.authcheckdam.pdf)
- Aguilar Muñoz, F. (Mayo de 2017). El proceso de mediación en el CJA. (A. Vázquez, Entrevistador)
- Alvarez, F. R. (2011). *Derecho de Familia*. MÉXICO: PORRÚA.
- Asociación de las Academias de la Lengua Española*. (2018). Recuperado el 9 de febrero de 2018, de Diccionario de la Real Academia Española: <http://lema.rae.es/drae/?val=custodia>
- Autorización de la aprobación y ejecución del proyecto de Justicia Alternativa, 16-23/2003 (Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal 7 de mayo de 2003).
- Baqueiros Rojas, E., & Buenrostro Báez, R. (2009). *Derecho de Familia*. México: Oxford.
- Bardales Lazcano, E. (2011). *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa*. México: Flores Editor y Distribuidor.
- Bautista Ávila, P. (mayo de 2017). El proceso de mediación. (A. Vazquez, Entrevistador)
- Brena Sesma, I. (s.f.). *Evolución del derecho de menores. Una visión desde instrumentos internacionales*.
- Calcaterra, R. A. (2005). *Mediación estratégica*. México: Gedisa.
- Cejudo Abogados. (2017). *Cejudo Abogados*. Recuperado el 15 de Febrero de 2018, de La Mediación, antecedentes y momento actual: <http://cejudoabogados.info/2014/06/16/la-mediacion-antecedentes-y-momento-actual/>
- Chavez Asencio, M. F. (1999). *Convenios conyugales y familiares*. México: Porrúa.
- Chávez Asencio, M. F. (2005). *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*. México: Porrúa.
- Chavez, A. (2004). *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*. México: Porrúa.

Christopher, M. (1995). *El proceso de la Mediación. Metodos practicos para la resolución de conflictos*. Barcelona: Granica.

Cicu, A. (1947). *El derecho de familia*. Buenos Aires: Editres.

CJACDMX. (2017). *Poder Judicial para la Ciudad de México*. Recuperado el 15 de FEBRERO de 2018, de MEDIACION TSJCDMX: <http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/cja/cja-que-es-mediacion/>

Clavo, L. (OCTUBRE de 2012). *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*. Recuperado el DICIEMBRE de 2017, de LA MEDIACION COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCION DE CONFLICTOS FAMILIARES: <http://caribeña.eumed.net/la-mediacion-familiar-como-metodo-alternativo-de-solucion-de-conflictos-familiares/>

Cloke, K. (1987). *Wiley Online Library*. Recuperado el 20 de Abril de 2018, de Politics and values in mediation: The chinese experience: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/crq.38919871709>

Código Civil para la Ciudad de México.

Constituyente, C. (15 de SEPTIEMBRE de 2017). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Recuperado el 15 de FEBRERO de 2018, de DIPUTADOS: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_150917.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf)

Cruz, L. L. (23 de septiembre de 2010). *Econlink*. Recuperado el 15 de febrero de 2018, de "Orígenes Históricos y Culturales de la Mediación": <https://www.econlink.com.ar/mediacion/origenes>

Cuadrado I Salido, D. (marzo de 2010). *Las cinco etapas del cambio*. Recuperado el 24 de marzo de 2018, de Capital no. 241: [http://www.factorhuma.org/attachments\\_secure/article/420/c303\\_cincoetapas.pdf](http://www.factorhuma.org/attachments_secure/article/420/c303_cincoetapas.pdf)

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (s.f.).

Declaracion Universal de los Derechos Humanos . (s.f.).

*Diccionario de la Real Academia española*. (2018). Recuperado el 3 de marzo de 2018, de <http://lema.rae.es/drae/?val=alternativa>

Diez, F., & Gachi, T. (2006). *Herramientas para trabajar en mediación* . Buenos Aires: Paidós.

Domínguez Martínez, J. A. (2009). *El divorcio. su procedencia por la sola voluntadde uno de los cónyuges y sin expresión de causa* . México: Porrúa.

*Eur-Lex*. (mayo de 24 de 2008). Recuperado el 28 de marzo de 2018, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_civil\\_matters/l33251\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33251_es.htm)

Faura, N. L. (1997). *Mediación. Una respuesta interdisciplinaria*. Argentina: Eudesa.

Giménez Romero, C. (Diciembre de 2001). *Slide Share*. Recuperado el 21 de mayo de 2018, de Modelos de mediación y su aplicación en la mediación intercultural: <https://es.slideshare.net/librarojita/mediacion-intercultural>

Giménez, M. P. (2006). *La Mediación Familiar Perspectiva Contractual*. ESPAÑA: UNIVERSIDAD JAÉN.

Gómez Fröde, C. (2013). *Derecho Procesal Familiar*. México: Porrúa.

González Contró, M. (2014). *Biblioteca jurídica vital unam*. Recuperado el 22 de abril de 2018, de Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación : <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2541/9.pdf>

González Reguera, E. (s.f.). *Instituto de investigaciones jurídicas UNAM*. Recuperado el 16 de abril de 2018, de Guardia y custodia del menor. Los niños ante el divorcio de sus progenitores: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-195s.pdf>

Gonzalez, M. N., & Rodríguez Benot, A. (2007). *El derecho de familia en un mundo globalizado*. México: Porrúa.

Gorjón Gómez , F. J., & Steele Garza, J. G. (2012). *Métodos alternativos de solución de conflictos*. México: Oxford.

Guía legal. (22 de febrero de 2012). *Guía legal. Mediación Familiar*. Recuperado el 2018 de febrero de 15, de Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/mediacion-familiar>

Hernández Prado, M. A., & Ortega Ruíz, P. (2004). *Familias monoparentales y conflictividad escolar*. Recuperado el 23 de marzo de 2018, de Familia, educación y sociedad civil: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/site/docu/23site/a2prados.pdf>

Ibarra, M. M. (2004). *Compendio de Terminos de Derecho Civil*. MÉXICO: PORRÚA.

Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. (17 de DICIEMBRE de 2017). Antecedentes de la mediación. *Revistas Jurídicas UNAM*, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4074/5238#N22>. Recuperado el 15 de FEBRERO de

2018, de MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL DISTRITO FEDERAL. UN ACERCAMIENTO AL PROCEDIMIENTO Y A SU REGULACIÓN: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4074/5238#N22>

Lambert, R. O. (2005). *La Mediación como proceso de gestión de conflictos. Inducción al Derecho de Familia*. San Luis Potosi.

Ley de Justicia Alternativa para la Ciudad de México (Centro de Justicia Alternativa para la Ciudad de México 2008).

Magallón Ibarra, M. (2004). *Compendio de terminos de Derecho Civil*. México: Porrúa.

Marquez Algara, M. G. (2004). *Mediación y administración de justicia. Hacia la consolidación de una justicia participativa*. México: Universidad Autónoma de Aguascalientes.

Marquez, M. G. (2004). *Mediación y Administración de Justicia*. Aguascalientes.

Martínez Plascencia, T. G. (mayo de 2017). el proceso de mediación en el CJA. (A. Vázquez, Entrevistador)

Morán González , I. (2010). *El ministerio fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial a la custodia compartida y los criterios de atribución en el beneficio del menor*. Madrid: CGPJ.

Munster, V. (1991). *"Dilemas de la Mediación Familiar: Aplicaciones prácticas" En la Mediación y sus contextos de aplicación*". ESPAÑA: PAIDÓS.

Paíz González, S. (2007). *Scribd*. Recuperado el 15 de FEBRERO de 2017, de TESIS LA IMPORTANCIA DE LA MEDIACIÓN: <https://es.scribd.com/document/212814892/Antecedentes-historicos-de-la-mediacion>

Parkinson, L. (2005). *Mediación familiar teoría práctica: Principios y estrategias operativas*. Barcelona, España: Gedisa.

*Parlamento Europeo y del Consejo*. (21 de mayo de 2008). Obtenido de Directiva 2008/52/CE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008l0052:es:NOT>

Paszucki, S. (2013). *Casos y cosas de mediación*. Argentina: Brujas.

Pérez Duarte, A. (2007). *Derecho familiar*. México: FCE.

- Picker, B. G. (2001). *Guía Práctica para la mediación. Manual para las resolución de conflictos comerciales*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- Pinedo Aubián, F. M. (8 de abril de 2014). *¿Y eso es mediable?* Recuperado el 25 de marzo de 2018, de Regulación de las materias conciliables en la ley de la conciliación extrajudicial: <http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/22%20Y%20eso%20es%22con%20cilliable%20Martin%20Pinedo%20Aubian.pdf>
- Pujol, R. (23 de mayo de 2017). El Proceso de Mediación. (A. Vázquez, Entrevistador)
- Quintal Ramírez, S. V. (mayo de 2017). El proceso de mediación en el CJA. (A. Vázquez, Entrevistador)
- Real Academia Española. (2018). *Real Academia Española*. Recuperado el 8 de febrero de 2018, de Diccionario de la Real Academia Española: <http://lema.rae.es/drae/?val=guarda>
- Rendón López, A., & Sánchez Hernández, A. (2012). *Divorcio sin expresión de cauda en el Distrito Federal. Miradas teórico-reflexivas*. México: Porrúa.
- Revista para el análisis del Derecho*. (Abril de 2008). Recuperado el 23 de febrero de 2018, de La custodia compartida alternativa: Un estudio doctrinal y jurisprudencial: [http://www.indret.com/pdf/537\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/537_es.pdf)
- Rico Álvarez, F. (2011). *Derecho de familia*. México: Porrúa.
- Rivero Hernández, F. (1997). *El derecho de visita*. España: José María Bosch.
- Sabenius. (1987). *Academia Edu*. Recuperado el marzo de 2018, de NEGOCIACIÓN PARA EL ÉXITO ESTRATEGIAS Y HABILIDADES ESSENCIALES UNIDAD I PREPÁRESE PARA NEGOCIAR: [http://www.academia.edu/14157266/NEGOCIACION\\_PARA\\_EL\\_EXITO\\_ESTRATEGIAS\\_Y\\_HABILIDADES\\_ESSENCIALES\\_UNIDAD\\_I\\_PREPARARSE\\_PARA\\_NEGOCIAR](http://www.academia.edu/14157266/NEGOCIACION_PARA_EL_EXITO_ESTRATEGIAS_Y_HABILIDADES_ESSENCIALES_UNIDAD_I_PREPARARSE_PARA_NEGOCIAR)
- Sánchez, B. H. (2010). *Universidad de Salamanca*. Recuperado el 14 de marzo de 2018, de La mediación: una solución igualitaria para la resolución de conflicto. Análisis de la mediación educativa: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/80254/1/T>
- Silva Meza, J. N., & Valls Hernández, S. A. (2011). *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México: Porrúa.

- Singer. (1996). *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*. PAIDÓS.
- Souto Galvan, E. (2012). *Mediación familiar*. Madrid: Dykinson.
- Suares, M. (2010). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós.
- Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa. (2016). Antecedentes de la justicia alternativa y justicia restaurativa. Sinaloa, Sinaloa, México.
- Tapia Parreno, J. J. (2010). *Custodia compartida y protección de menores*. Madrid: CGPJ.
- Tesis I. 3o. C.J./ 645, Tesis I. 3o. C.J./ 645 (Semana Judicial de la Federación y su Gaceta Octubre de 2007).
- Tesis: I 5o. C. J20, 9a época T.C.C, Tesis: I 5o. C. J20, 9a época T.C.C Tomo XXXIII (SJF y su Gaceta Junio de 2011).
- Tesis: I 5o. C. J26, 9a época T.C.C, Tesis: I 5o. C. J26, 9a época T.C.C (SJF y su Gaceta Tomo XXXIII JUNIO de 2011).
- Tesis: I 5o. C. J33, 9a época T.C.C, Tesis: I 5o. C. J33, 9a época T.C.C Libro IX tomo 2 (SJF Y Su gaceta junio de 2012).
- Tesis: I. 4o. C.81 C, 9a época T.C.C., Tesis: I. 4o. C.81 C, 9a época T.C.C. TOMO XXI (SFJ y su gaceta mayo de 2005).
- Tesis: I. 5o. C, 9a Época; T.C.C, Tesis: I. 5o. C, 9a Época; T.C.C; (SJF y su Gaceta tomo XXXII Agosto de 2010).
- Tesis: I. 5o. C.J./ 110 c, 9a época, Tesis: I. 5o. C.J./ 110 c, 9a época (SJF y su Gaceta Agosto de 2010).
- Tesis: I. 5o.C. J/32 (9a), Tesis: I. 5o.C. J/32 (9a), 10a., Época; T.C.C (SJF y su Gaceta Junio de 2012).
- TSJCDMX, M. (2017). *Poder Judicial de la Ciudad de México*. Recuperado el 1 de MAYO de 2018, de MEDIACIÓN TSJCDMX: <http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/cja/wp-content/uploads/DiagramaFamiliar-05-05.jpg>
- Valdés López, P. A. (26 de mayo de 2017). El Proceso de mediación en el CJA. (A. Vázquez, Entrevistador) MEXICO: UNAM.
- Vara, R. d. (1993). *Diccionario de Derecho*. México : Porrúa.

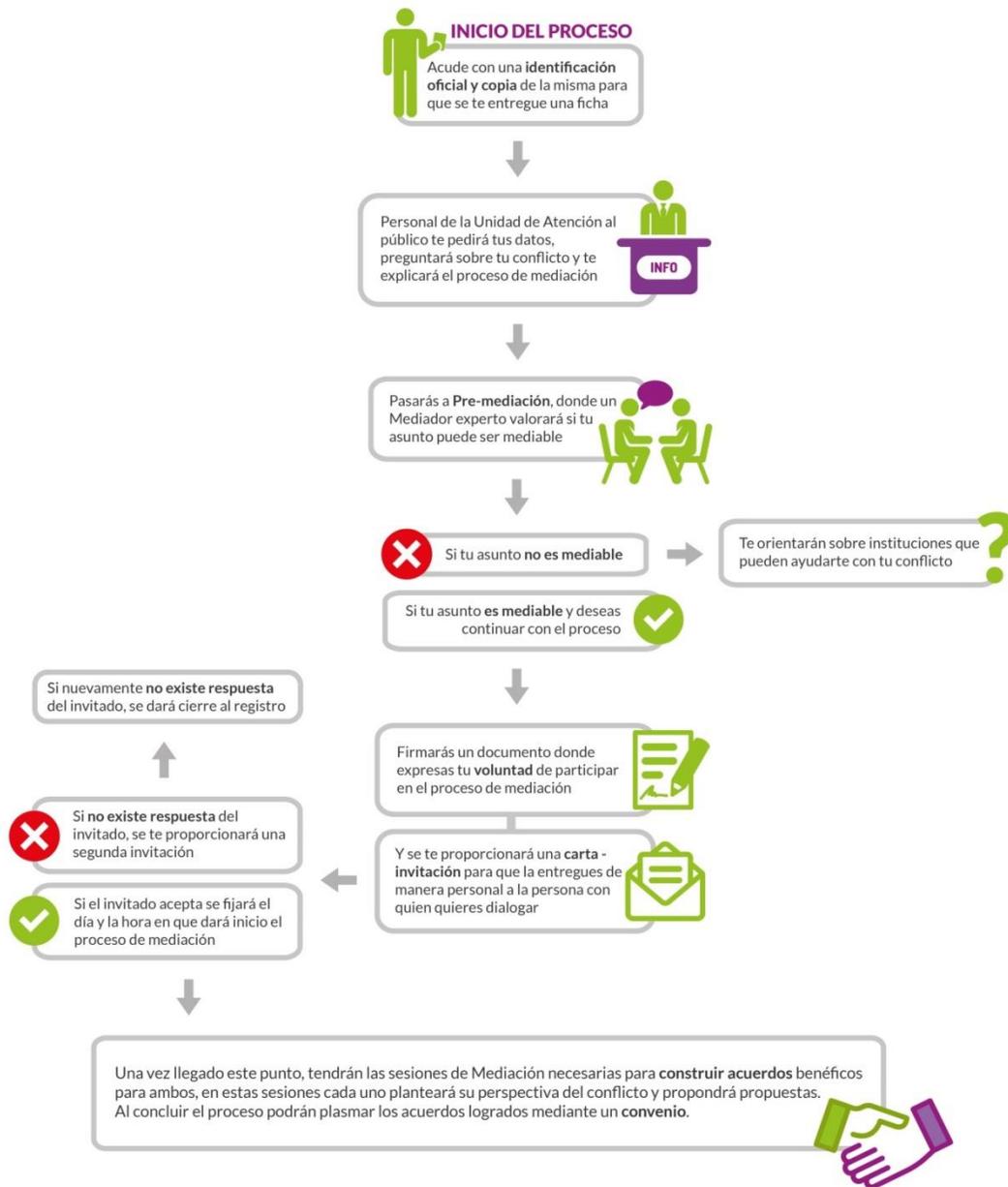
Villa, B. M., & Padilla Trainer, M. T. (2001). *Mediación en el Divorcio*. MEXICO, DF: UNAM.

Vinyamata Camp, E. (2003). *Aprender Mediación*. España: Paidós.

Ybarra Bores, A. (2007). *La mediación familiar en derecho internacional privado: especial referencia a la Unión Europea*. México: Porrúa.

## ANEXOS

### ANEXO 1: Mapa conceptual del proceso de mediación en el Centro de Justicia Alternativa para la Ciudad de México.



(TSJCDMX, 2017)

## **ANEXO 2: Cuestionario realizado a los usuarios del Centro del Justicia Alternativa para la Ciudad de México.**

### **CUESTIONARIO DIRIGIDO A USUARIOS DEL CENTRO DE JUSTICIA ALTERNATIVA PARA LA CIUDAD DE MÉXICO**

El presente cuestionario se ha diseñado para recopilar información dentro de un proceso investigativo sobre la mediación familiar. En este sentido le pido de favor hacernos conocer sus opiniones para valora la situación. Entonces le agradeceré contestar a preguntas de selección múltiple y reclaman la adopción de una respuesta que debe señalarse encerrando un círculo la opción correspondiente.

Glosario: CJA: Centro de Justicia Alternativa.

1. ¿Cómo calificaría la ayuda brindada por el CJA?
  - a) Total
  - b) Parcial
  - c) Ninguna
- a) Existe satisfacción en usted en relación con la atención u el manejo dado a su problema en el CJA.
  - a) Total
  - b) Parcial
  - c) Ninguna
2. ¿Cuál fue el tipo de conflicto con el cual acudió al CJA?
  - a) Divorcio
  - b) Pensión alimenticia
  - c) Guarda y custodia
3. Si su problema al acudir al CJA es de índole familiar, ¿Cree usted que el personal que le atendió es el adecuado?
  - a) Total
  - b) Parcial
  - c) Ninguna
4. ¿Considera que el personal que labora en el CJA cuenta con suficiente conocimiento sobre los temas relativos a la familia?
  - a) Total
  - b) Parcial
  - c) Ninguna
5. Si usted acudió al CJA para solucionar su problema, ¿En qué medida su caso fue solucionado?
  - a) Total
  - b) Parcial
  - c) Ninguna
6. Cree usted que un programa de mediación familiar ayudaría a las parejas en crisis:
  - a) Total
  - b) Parcial
  - c) Ninguna

### **ANEXO 3: Cuestionario realizado a los mediadores del Centro del Justicia Alternativa para la Ciudad de México.**

#### CUESTIONARIO DIRIGIDO A MEDIADORES DEL CENTRO DE JUSTICIA ALTERNATIVA

El presente cuestionario se ha diseñado para recopilar información dentro de un proceso investigativo sobre la Mediación Familiar. En este sentido, le pido de favor hacernos conocer a sus opiniones para valorar la situación. Entonces, le agradeceré contestar a las preguntas que su mayoría son de selección múltiple y reclaman la adopción de una respuesta que debe señalarse encerrado un círculo la opción correspondiente.

1. ¿Considera que usted cuenta con todos los conocimientos necesarios relativos a la materia familiar, para poder ayudar a las partes en conflicto?
  - a) Total
  - b) Parcial
  - c) Ninguna
2. ¿Cómo considera la ayuda proporcionada por el CJA a los usuarios?
  - a) Buena
  - b) Media
  - c) Mala
3. En su calidad de mediador indique usted, ¿Con qué frecuencia conoce asuntos relacionados con conflictos de guarda y custodia?
  - a) Frecuente
  - b) Poco frecuente
  - c) Nada
4. ¿Qué porcentaje del 100% de los casos logran llegar a un convenio?
  - a) 100%
  - b) 99% a 50%
  - c) 49% a 0%**