

Mediación familiar en temas de matrimonio y su inserción en el sistema judicial

Actualmente, los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) son reconocidos por nuestro sistema jurídico como formas efectivas de resolver conflictos alternas al sistema judicial, a los que se les reconoce eficacia jurídica¹ y que son utilizados en diversos ámbitos, entre ellos el familiar.

La mediación familiar es un mecanismo de resolución de conflictos que sirve a dos propósitos distintos, pero siempre al servicio de la familia.

El primer propósito es servir de ayuda a los cónyuges a solucionar sus conflictos y transformar la relación, al adquirir habilidades de escucha, negociación y acuerdo. Y, por ende, a preservar y mejorar sus relaciones conyugales. Este tipo de mediación no es muy utilizado y estudiado, pues no trasciende al ámbito jurídico al no modificar la esfera de los cónyuges, pero sí ayuda al cumplimiento de sus obligaciones, por lo que se ubica dentro de la protección estatal de la familia.

El segundo propósito de la mediación familiar se actualiza en la disolución del matrimonio. Esta mediación, aunque sigue los principios de la mediación que se lleva a cabo en diversos procedimientos de tipo civil y mercantil, debe circunscribirse a ciertos tópicos jurídicos, como convivencia, patrimonio, compensaciones, alimentos y guarda y custodia de los hijos, no así sobre la disolución del vínculo matrimonial², el cual debe ser decretado por el juez competente, mediante resolución judicial y debe respetar, sin excepción, diversos

¹ Es importante aclarar que, cada estado establece la forma y requisitos que permiten el reconocimiento de los convenios y laudos privados, y la forma en que surtirán plenamente sus efectos jurídicos.

² En el caso del Estado de Jalisco, el Instituto de Justicia Alternativa tiene la facultad de decretar la disolución del matrimonio cuando los cónyuges no tienen hijos o bien, éstos han superado la minoría de edad, de acuerdo al artículo 405-Ter del Código Civil de dicha entidad federativa, conforme al procedimiento previsto en la Ley de Justicia Alternativa correspondiente.

principios de rango superior e irrenunciables. Para este caso no analizaremos el divorcio que se tramita por vía administrativa y que procede cuando los cónyuges no tengan que acordar nada respecto al patrimonio en común ni los hijos, ya sea por que no los hay, o porque son mayores de edad y capaces³.

Previo a analizar la mediación como mecanismo para resolver disputas del orden familiar, es necesario estudiar de forma general los diversos tipos de MASC que existen, se conocen y se utilizan en México, entre los cuáles se encuentran la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Estos mecanismos podemos dividirlos en dos categorías, los autocompositivos y los heterocompositivos.

Los mecanismos autocompositivos, tales como la negociación, la mediación y la conciliación, son aquellos en los que las partes tienen el protagonismo en el procedimiento, y la solución al conflicto depende exclusivamente de ellas. Los terceros que intervienen en el procedimiento, es decir, los mediadores y expertos⁴, deben ser imparciales y neutrales, además de que no pueden imponer solución alguna.

El procedimiento en mecanismos autocompositivos es flexible y acorde a las necesidades de las personas y no está sujeto a plazos determinados y fatales. No obstante sí se les reconoce la naturaleza de procedimientos, con diversas etapas,

³ El divorcio administrativo no excluye que los cónyuges para la liquidación de la sociedad conyugal puedan acudir a mediación, sin embargo, en ese caso, dicho convenio no debe ser presentado ante el juez de lo familiar para su aprobación, sino en caso de incumplimiento de los acuerdos, que son exigibles en vía de apremio.

⁴ Los expertos que pueden intervenir en el procedimiento son los que cuentan con los conocimientos necesarios para dilucidar algún aspecto del conflicto y dar legitimidad a las soluciones adoptadas, aunque su dictamen no sea definitivo ni sea vinculante para las partes. Estos expertos pueden ser psicólogos, financieros, abogados especialistas en alguna materia, ingenieros, entre otros.

que son lo suficientemente flexibles para adecuarse a los tiempos y necesidades de los participantes.

Merece especial mención la conciliación, la cual no se considera un mecanismo estrictamente autocompositivo pues, si bien, son las partes quienes, en primera instancia, proponen las soluciones que consideran satisfacen en mayor medida sus intereses, el tercero conciliador está facultado para proponer soluciones a las partes en conflicto; característica que lo hace diferente del procedimiento de mediación⁵.

Por su parte, los mecanismos heterocompositivos, tales como el arbitraje, aunque constituyen mecanismos alternativos al sistema de impartición judicial, dan un mayor protagonismo al tercero imparcial en la proposición de soluciones e, incluso, para su imposición, mediante un laudo.

Entonces, la distinción entre un tipo y otro de MASC obedece no sólo a sus características particulares, en cuanto al procedimiento, el protagonismo de las partes y el nivel de intervención de los terceros, sino a los efectos que tienen dichos procedimientos en el conflicto y las personas.

⁵ Aunque existen tendencias a homologar ambas figuras, existe un cuasi consenso en diferenciarlas a partir de la participación del tercero. Al respecto, Felipe M. Carrasco Fernández, señala que la tendencia predominante es considerar que la labor del mediador es sólo facilitar la comunicación entre las partes, y le prohíbe proponer soluciones que él considere aplicables ni dar puntos de vista personales de cómo pueden alcanzar el arreglo, mientras que el conciliador sí puede asumir un papel más activo y hacer propuestas concretas a las partes. Carrasco Fernández, Felipe M, *Mediación: Nuevo reto del abogado*, Ensayos sobre Mediación, Presentación de Anne Kafzyk, Ed. Porrúa, México, 2006, pp. 2-3.

Esta diferencia también está plasmada en algunas legislaciones como la del Estado de México, que en el artículo 1.3. del Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación establece que: “[p]ara los efectos de este reglamento se entiende por mediación, el trámite en el que uno o más mediadores intervienen en una controversia entre partes determinadas, facilitando la comunicación entre ellas con el objeto de construir un convenio. Se entiende por conciliación el proceso en el que uno o más conciliadores, asisten a las partes en conflicto, para facilitar las vías de diálogo, proponiendo alternativas y soluciones al conflicto”.

De acuerdo con Moreno Catena⁶, la autocomposición permite una mejor solución de los conflictos, puesto que con el arreglo se alcanza y se logra la pacificación social a través del concierto de voluntades de las partes contendientes, que son quienes mejor que nadie pueden saber lo que más les conviene. Esto, junto con la capacidad de decidir las soluciones al conflicto y armonizar sus intereses, incide directamente en la eficacia del cumplimiento de los convenios adoptados.

Este es un principio preponderante cuando hablamos de la mediación familiar, pues, a través de ella, el Estado reconoce y promueve la capacidad de los cónyuges de decidir las condiciones bajo las cuales llevarán su relación, y en caso de disolución del matrimonio, cómo harán la repartición de bienes, y decidirán lo concerniente a los hijos que tengan en común. Ello siempre y cuando se ubique dentro de los principios constitucionales y de legalidad.

El fundamento constitucional y legal de los MASC parte de nuestra Constitución Política que, en su artículo 17, párrafo quinto- añadido en 2008- establece que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias y que en la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación de daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial; disposición que debía ser acatada por cada entidad federativa, a más tardar en 2016⁷.

Esta competencia de las entidades federativas para regular las MASC en su normativa fue afectada por la reforma al artículo 73⁸ de nuestra Carta Magna, al cual se añadió la fracción XXIX-A, que establece que es facultad del Congreso de la Unión expedir la ley general que establezca los principios y bases en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, con excepción de la

⁶ Citado por Carretero Morales, Emiliano, *La Mediación Civil y Mercantil en el Sistema de Justicia*, Editorial Dykinson, Madrid, 2016, pp. 33-34.

⁷ La mayoría de las entidades federativas implementaron en su legislación civil y penal los MASC, a partir de 1997, siendo el primer estado Quintana Roo, quien creó su propio Centro de Justicia Alternativo, aun y cuando la obligación constitucional se actualizó con la reforma en comento.

⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 2017.

materia penal⁹. Sin embargo, cabe precisar que dicha legislación no afecta el reconocimiento que los códigos civiles hacen de los convenios derivados de la mediación familiar, salvo que, en alguna entidad federativa, no se establezca la calidad de cosa juzgada y su aprobación de plano por parte del juez competente.

Entrando en materia, resulta necesario definir qué es la mediación y, qué es la mediación familiar en concreto. La Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior para el Distrito Federal -hoy Ciudad de México- (LJATSJCDMX), la cual tomamos a manera ejemplificativa y similar a la mayoría de las legislaciones estatales, define la mediación como el procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia, a quienes se les denomina mediados, buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial llamado mediador¹⁰.

La mediación familiar, en general, procede en controversias que deriven de las relaciones entre las personas que se encuentren unidas en matrimonio, concubinato, o que 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, en algunos casos, por sucesiones testamentarias e intestamentarias.

La mediación debe llevarse a cabo siguiendo los siguientes principios, los cuales permiten, de cumplirse, suponer con grado de certeza suficiente, que los acuerdos a los que llegan los mediados son válidos y exigibles:

⁹ En relación con lo antes expuesto, el artículo transitorio SEGUNDO de la reforma constitucional, establece que la Ley General debía entrar en vigor a más tardar el 18 de junio de 2016; sin embargo, a la fecha, el proyecto de ley ha sido aprobado por la Cámara de Diputados y sigue en análisis en el Senado. De manera que siguen vigentes en sus términos las legislaciones locales.

¹⁰ Artículo 2 fracción X LJATSJCDMX.

(i) Voluntariedad, el cual es definido como la autodeterminación de las personas para sujetarse o no a cualquiera de los mecanismos alternativos; sin vicios en su voluntad y decidir libremente sobre la información que revelan, así como llegar o no a un convenio o acuerdo.

(ii) Flexibilidad, que colige que la mediación carecerá de toda forma rígida, ya que parte de la voluntad de los mediados. Sin embargo, sí es un procedimiento que se lleva bajo ciertas etapas que se adecuan a las necesidades de los mediados¹¹.

(iii) Confidencialidad, que consiste en que la información aportada durante el procedimiento no debe ser divulgada a ninguna persona ajena a aquéllos, ni podrá ser utilizada en juicio. Esto implica que el mediador no podrá ser testigo en ningún procedimiento judicial. El deber de confidencialidad no es aplicable a información relativa a la comisión de un delito grave.

(iv) Buena fe, este principio engloba todos los demás, es decir, que los mediados deberán acudir y permanecer en el procedimiento de manera voluntaria, no deberán ocultar información esencial y deberán estar en disposición de llegar a acuerdos.

(v) Imparcialidad, que implica que el mediador actúe libre de favoritismos y prejuicios en su relación con las personas y los resultados del conflicto, tratándolas con absoluta objetividad y sin hacer preferencia alguna.

(vi) Neutralidad, que consiste en que el mediador mantenga una postura imparcial de no ceder a sus propias inclinaciones o preferencias, durante todo el procedimiento de aplicación de los mecanismos alternativos, es decir, que no

¹¹ El artículo 30 de la LJATSJCDMX.

juzgará las opciones ni soluciones propuestas por los mediados, ni propondrá las que considere más adecuadas.

Este principio no excluye que el mediador, ya sea privado o público, funja como agente de la realidad, es decir, que utilice criterios y mecanismos de verificación de la factibilidad y legalidad de los acuerdos adoptados por los mediados.

(vii) Equidad, que implica que el mediador debe propiciar condiciones de equilibrio entre los mediados, para obtener acuerdos recíprocamente satisfactorios. Esto es, que el mediador debe usar herramientas tendentes a generar el equilibrio de poder entre los mediados, de manera que los acuerdos que adopten satisfagan los intereses de cada uno.

(viii) Legalidad, que consiste en que la mediación y el convenio derivado de ésta tendrá como límites la voluntad de las partes, la ley, la moral y las buenas costumbres.

Por regla general, la doctrina y las normas estatales coinciden en que estos principios son aplicables a la mediación¹²; pudiendo darse el caso de que algunos establezcan más principios; sin embargo, la ausencia de dicha mención no implica que no sean aplicables, pues se desprenden de los otros principios y finalidades de este mecanismo.

Todos estos principios regulan el procedimiento de mediación, y son esenciales para que éste sea considerado legal y que los acuerdos adoptados por los

¹² Un análisis de estos principios lo encontramos en Sánchez García, María Gabriela y Ortiz López, Gilda Lizette, "Justicia Alternativa, una visión panorámica" en *Revista AEQUITAS*, Poder Judicial del Estado de Sinaloa, Tercera Época, No. 3, mayo-agosto, 2013. pp. 33-44 Disponible en: <http://www.stj-sin.gob.mx/assets/files/publicaciones/aequitas20.pdf> y en las normas locales, por ejemplo, en el artículo 8º de la LJATSJCDMX; 4º de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco (el cual establece más principios, pero que coincide en los antes expuestos); y 20 de la Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México.

mediados surtan sus efectos legales, incluidos, si así está previsto por la norma aplicable, los de ejecutoriedad, en el caso de divorcio.

Ahora bien, no es común que se hable de la mediación familiar como un mecanismo de preservación del vínculo matrimonial y de las condiciones familiares, en la medida de lo posible, y el interés superior de los hijos, pues la doctrina y las normas cuando tratan de conflictos y justicia alternativa, se refieren a la mediación como mecanismo de resolución de aquellos conflictos que trascienden a la esfera jurídica de los integrantes de la familia, cuestión que el Estado regula de manera especial y tiene mayor intervención, como en caso de divorcio.

Sin embargo, este mecanismo, al ser un conjunto de herramientas y técnicas de comunicación y resolución de controversias, es sumamente útil en el supuesto del matrimonio en conflicto y debería ser promovido y utilizado en conflictos comunes para prevenir el divorcio, es decir, como un mecanismo de preservación del matrimonio, aunque se excluya del ámbito normativo-estatal y se use únicamente en el ámbito privado familiar.

En efecto, la mediación es un procedimiento de comunicación, diálogo y acuerdos, que tiene como fin, no sólo la resolución de un conflicto, sino, en lo familiar, la transformación de la relación; es un mecanismo que tiene como base la equidad, la escucha activa y el respeto, principios claves en el matrimonio. De manera que, si dos cónyuges acuden a mediación, ya sea con el fin de divorciarse o bien, resolver conflictos sin querer disolver su vínculo, es posible que descubran que pueden sanar su relación y llegar a acuerdos que les permitan salvar su matrimonio y, en consecuencia, mantener la unidad familiar.

Para justificar lo antes expuesto, es necesario traer a colación los principios y propósitos que busca el modelo de mediación transformativa, uno de los más usados en mediación familiar¹³.

En el modelo transformativo, la mediación es un proceso en el que el mediador trabaja con las partes en conflicto para ayudarles a cambiar cualitativamente su interacción y transitar de lo negativo a lo positivo y constructivo, cuando exploren el conflicto y sus posibilidades de solución.

Este cambio cualitativo se basa en la revalorización y reconocimiento, retomando las fortalezas de su relación, toma de perspectiva, comunicación y toma de decisiones¹⁴. Lo que puede ayudar a que las personas manejen los conflictos de una manera distinta.

Como puede verse, si bien, la mediación familiar nace y se usa principalmente en conflictos derivados de la intención de divorcio de los cónyuges, ello no impide en lo absoluto que este mecanismo pueda y deba ser utilizado también para la preservación del matrimonio. Ello pues, se reitera, es un procedimiento que usa técnicas de revalorización, respeto, equidistancia, voluntariedad, escucha activa y re-significación del conflicto, que permite a los cónyuges no sólo tomar mejores decisiones en caso de divorcio, sino precisamente, preservar y mejorar la relación conyugal.

¹³ Existen tres modelos de mediación adoptados por la doctrina y frecuentemente usados por los mediadores públicos y privados, dependiendo del tipo de conflicto que se medie. La escuela de Harvard, que se centra en el acuerdo; la Escuela Transformativa, creada por Barush y Folger, que se centra no sólo en el acuerdo, sino en la transformación de la relación; y la Escuela Narrativa, que busca que las partes re-signifiquen el conflicto desde su propia historia. Véase en Sánchez, Helena Nadal, "La Mediación: Una panorámica de sus Fundamentos Teóricos" en *Revista Eletronica de Direito Processual*, Volumen V, p. 4. Disponible en:

<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/la-mediacion-una-panoramica-de-sus-fundamentos-teoricos>.

¹⁴ Véase en Baruch Bush, Robert A. y Ganong Pope, Sally (trad. De Marcelo Rodríguez Rivollier) "La Mediación Transformativa: un cambio en la calidad de la interacción en los conflictos familiares", en *Revista de Mediación*, Asociación Madrileña de Mediadores, Año 1, Núm. 2, octubre 2008, pp. 17-28. Disponible en:

http://www.ammmediadores.es/nueva/wp-content/uploads/2013/11/Revista_Mediacion_02.pdf.

Este tipo de mediación, si bien, no se ubica dentro de un supuesto de reconocimiento legal específico, encuentra su justificación sistémica en la familia como base de la sociedad y el reconocimiento que de ella hacen el derecho internacional, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los códigos civiles y leyes especiales, como ente primordial autónomo, autocompositivo y como objeto de protección y preservación.

Sobre todo, es importante señalar que en el ámbito familiar rige el principio de subsidiariedad en la participación del Estado. Dicho principio parte de la premisa de que la familia, en primer término, es la comunidad directamente responsable de la protección, crianza y formación de niñas, niños y adolescentes, al poner a su servicio las herramientas necesarias, como educación, alimentación, cuidado de salud, entre otros. De manera que, el papel del Estado es subsidiario al de la familia, por un lado garantizando la libertad, sin interferencias arbitrarias por parte de las autoridades y terceros, y como ayuda asegurando las condiciones de ejercicio de dicha libertad, tales como condiciones económicas, sociales, políticas, culturales y judiciales. El Estado sólo puede intervenir directamente cuando la familia es incapaz de asumir sus responsabilidades o las asume en forma indebida¹⁵.

De manera que, la mediación se convierte en un mecanismo que permite a los cónyuges autocomponerse y adquirir o mejorar su capacidad de asumir sus obligaciones respecto a la familia y así, evitar el divorcio y, por tanto, la injerencia del Estado en el desarrollo de sus integrantes.

Sentado lo antes expuesto, procede analizar la mediación familiar, en el caso del divorcio, que es el supuesto que interesa al Estado en materia de conflictos, en

¹⁵ Centro de Ética Judicial, *El Principio de Subsidiariedad en la intervención del estado en asuntos familiares*, abril de 2016, pp. 1-2. Disponible en: <https://www.centroeticajudicial.org/uploads/8/0/7/5/80750632/el-principio-de-subsidiariedad-en-la-intervenciÓN-del-estado-en-asuntos-familiares-4.pdf>

tanto que considera de orden público la disolución del vínculo matrimonial y las consecuencias de éste en el patrimonio y los hijos de los cónyuges.

Para garantizar el cumplimiento de los principios que rigen la mediación familiar en caso de divorcio y que, por tanto, la voluntad de los mediados sea verdadera y carente de vicios, los sistemas jurídicos estatales, por lo general¹⁶, cuentan con un centro o instituto de justicia alternativa, que es la autoridad encargada de certificar a los profesionales en mediación y, validar los convenios que éstos autoricen para que adquieran la calidad de cosa juzgada y sean ejecutables en vía de apremio o en la vía ejecutiva.

Este sistema de certificación y verificación se constituye como un parámetro de legalidad que otorga presunción de validez y, con frecuencia, de eficacia de los convenios, pues al certificar a los mediadores y contar con un órgano estatal certificador y verificador se busca garantizar que los procedimientos se cumplan, se resuelva el conflicto y se llegue a un acuerdo, lo que actualiza dicha presunción. Esto es, el Estado reconoce y valida la voluntad de los mediados en la resolución de un conflicto que decidieron autocomponerse y no llegar a un juicio.

Ahora bien, en materias como la civil y la mercantil, la presunción de validez que genera la autorización del mediador certificado y el centro de justicia alternativa correspondiente es suficiente para que surta sus efectos y, en su caso, sea ejecutable, sin que resulte necesario un posterior análisis y sanción del juez ante quien se promueve la ejecución del convenio¹⁷.

¹⁶ Baja California, Campeche, Ciudad de México, Estado de México, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Puebla, Nuevo León, San Luis Potosí, Tabasco, Tamaulipas, Yucatán, Sinaloa, Quintana Roo, entre otros. Morelos es un ejemplo de una entidad federativa que a la fecha no ha regulado los MASC, aunque se encuentra en proceso.

¹⁷ En el caso de Jalisco, de conformidad con el artículo 67 de su Ley de Justicia Alternativa, siempre se dará vista a la Procuraduría Social para efectos de su representación; en caso de niñas, niños y adolescentes, a la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes. Esta norma añade un agente más en la verificación de la legalidad y constitucionalidad de los acuerdos;

Sin embargo, en el supuesto de la mediación familiar, aunque la participación del mediador certificado y la autorización del centro de justicia alternativa, presupone la legalidad y validez del convenio adoptado por los cónyuges, ello no exime al juez de lo familiar que conozca de la disolución del vínculo matrimonial y realice una verificación del cumplimiento de los principios constitucionales y legales; siempre y cuando se circunscriba a analizar si existen transgresiones evidentes o alguna violación al orden público, sin desconocer en ningún momento la voluntad de los mediados.

La actividad judicial en materia familiar se reconoce y actualiza en el marco de los principios que a continuación se examinan.

El de subsidiariedad, anteriormente analizado y que, en el caso concreto de la disolución del matrimonio, radica en el reconocimiento del Estado de la capacidad de los cónyuges de acordar según los términos que consideren convenientes las cuestiones inherentes a la disolución del vínculo matrimonial.

Por ejemplo, los artículos 267 y 287 del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF) que reconocen, de dos maneras distintas, la capacidad de los cónyuges de proponer y acordar lo relativo a guarda y custodia, alimentos, domicilio conyugal y administración y liquidación de los bienes de la sociedad conyugal, así como compensaciones. En estos supuestos, el papel del juez competente tiene diferentes alcances, los cuales se analizarán más adelante.

El segundo principio es la no contravención de normas de orden público, como la irrenunciabilidad de los alimentos¹⁸, la patria potestad y el régimen de convivencia,

sin embargo su verificación debe adecuarse a los principios de subsidiariedad que veremos más adelante y no suplir ni modificar, salvo graves deficiencias, la voluntad de los cónyuges.

¹⁸ El artículo 321 del Código Civil para el Distrito Federal establece que el derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción. Similar disposición normativa se contiene en el artículo 452 del Código Civil del Estado de Jalisco y 4.145 del Código Civil para el Estado de México.

las cuales en el caso de conflicto no están sujetas a la voluntad de las partes, la forma de su cumplimiento sí.

En efecto, los cónyuges y padres de los menores e incapaces, tienen el derecho y capacidad reconocidos de acordar los montos y términos bajo los cuáles se pagarán y garantizarán los alimentos, entre sí y para sus hijos, pues parten del principio de necesidad del acreedor alimentario y la capacidad del deudor alimentario. Además, pueden decidir sobre el régimen de convivencia, la guarda y custodia, el domicilio conyugal y la repartición de los bienes de la sociedad conyugal.

Otro principio que rige el procedimiento de mediación y el derecho familiar, es el relativo al interés superior del menor.

El interés superior del menor es un principio orientador de la actividad interpretativa de cualquier norma que tenga que aplicarse a un niño, en el caso concreto, o que pueda afectar sus intereses. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática de las normas, que tome en cuenta los deberes de protección de los menores y demanda del juez la realización de un escrutinio más estricto con relación a la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión¹⁹.

Sentado lo anterior, es necesario establecer cómo es que se actualizan y cumplen estos principios en la mediación y el papel del juez de lo familiar en la ejecución de la voluntad de los mediados.

¹⁹ Véase las tesis: de rubro [INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL](#), 1a./J. 18/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 4, Décima Época, t.I, marzo de 2014, p. 406 e [INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS](#) Tesis 1ª./J 44/2014 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 7, Décima Época, t.I, junio de 2014, p. 270.

El principio base y a partir del cual se actualizan los demás principios es el de subsidiariedad.

Esto es así, pues la propia norma, es decir, los códigos civiles, reconocen la facultad y capacidad de los cónyuges que solicitan el divorcio de acordar y realizar su propio convenio, en donde pactan la forma en que resolverán las cuestiones patrimoniales y de sus hijos, quienes se constituyen como garantes primarios de los derechos de sus hijos y los derechos de su cónyuge.

De manera que la intervención del Estado, por conducto del mediador certificado y del propio Centro de Justicia Alternativa, únicamente será verificadora²⁰ no impositiva, pero su aprobación dotará de fuerza legal los convenios.

Para ilustrar lo antes expuesto, analizaremos el artículo 267²¹ del CCDF, que establece que la parte que solicite el divorcio debe acompañar su propuesta de un convenio, en donde se establezca la guarda y custodia de hijos menores e

²⁰ Aquí es importante reiterar que ni el mediador ni el Centro de Justicia Alternativa tienen mayores facultades que las de verificación, pues la facultad de resolución e imposición ante la incapacidad de los cónyuges de llegar a un acuerdo es de la autoridad judicial, conforme al artículo 17 constitucional.

²¹ **Artículo 267.** El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos:

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

incapaces y sus modalidades, pago de obligación alimentaria, su forma y garantía, uso de domicilio conyugal, administración de los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la partición del patrimonio, el cual se perfecciona cuando existe acuerdo con el otro cónyuge y no contraviene disposiciones legales de orden público.

En este caso, de conformidad con el artículo 271 de la misma norma, los jueces de lo familiar están obligados a suplir la deficiencia de las partes en el convenio propuesto.

Como puede verse, en el caso del convenio propuesto por uno de los cónyuges, no obstante que se reconoce su validez y limita la intervención decisoria e impositiva del juez competente, éste todavía tiene una importante capacidad de verificación de validez de los acuerdos propuestos, salvo en caso de que se perfeccione con la aceptación del otro cónyuge. Y en el caso de la mediación familiar, dicha facultad de revisión se disminuye, pues existe una presunción de validez derivada de la aprobación y registro del convenio por parte del mediador certificado y del Centro de Justicia Alternativa.

Tal reconocimiento y presunción de validez de los convenios derivados de la mediación familiar, se plasma en el artículo 287 del CCDF, que establece que si los cónyuges presentan un convenio derivado del procedimiento de mediación previsto en la LJATSJCDMX, el juez competente lo aprobará de plano.

Ahora bien, en el caso de la mediación familiar, el cumplimiento de los principios de no contravención de normas de orden público y del interés superior del menor, también se recoge implícitamente en el artículo 287, que establece la presunción de validez antes expresada.

Esto es así, porque, en primera instancia el cumplimiento de dichos principios se verifica en la propia mediación.

El mediador debe determinar si los cónyuges tienen la capacidad emocional, intelectual y material para acudir a mediación y llegar a acuerdos equitativos y legales y si no existen condiciones de violencia intrafamiliar o una diferencia tal del poder que no sea posible equilibrarlo.

A partir de allí, de llevarse a cabo la mediación, el primer filtro de verificación de legalidad y si sus acuerdos cumplen con la protección del principio del interés superior de sus hijos, se realiza por los cónyuges al determinar sus propios acuerdos y por el mediador como agente de la realidad y de la legalidad.²²

En un segundo momento, por el Centro de Justicia Alternativa, de forma más general y respecto a cuestiones evidentes, sin prejuzgar sobre el contenido de los acuerdos (formas, tiempos, montos, cantidades y horarios), no así de los tópicos que deben ser abordados en el convenio, pues ello sí debe ser revisado, al ser de orden público, esto es, de forma subsidiaria y únicamente como una cuestión de validez.

Esta presunción generada por la aprobación y autorización del mediador certificado y del Centro de Justicia Alternativa del convenio derivado de la mediación, reduce al mínimo la intervención del juez en la verificación de los acuerdos, sin embargo no la anula.

Esto es así, toda vez que, dada la naturaleza de los derechos que se resuelven en mediación familiar, aún subsiste el papel subsidiario del Estado en la figura del juez de lo familiar, que está facultado para actuar ante alguna transgresión a estos

²² Sin que ello implique desconocer su imparcialidad y neutralidad, es decir, su impedimento para proponer soluciones.

principios, cuando ésta resulte evidente, tenga conocimiento de algún acontecimiento de algún hecho o circunstancia novedoso o que no surgió durante la mediación, que incida en la materia del convenio y los derechos de los cónyuges y los hijos y que exceda la voluntad de éstos²³.

En efecto, el Estado en el ámbito judicial familiar es el último garante de los principios antes citados, aunque su actividad en el caso de los convenios de mediación familiar se circunscriba a la verificación de transgresiones evidentes al orden público y los principios antes citados, en virtud de que no puede exceder su papel subsidiario ni sustituirse en la voluntad de los cónyuges.

En conclusión, la mediación familiar es un mecanismo útil para la preservación del matrimonio y la mejora de las relaciones familiares, así como, en segunda instancia, en forma reconocida y regulada por el Estado, para garantizar las mejores condiciones posibles, en cuestiones patrimoniales y de paternidad, en el caso de disolución del matrimonio. Todo ello, bajo los principios de subsidiariedad, voluntad de los cónyuges, de legalidad y el principio del interés superior del menor, en donde el papel de la autoridad judicial familiar se constituye como última instancia de verificación del cumplimiento de dichos principios.

²³ Aquí es importante señalar que la calidad de cosa juzgada, en materia familiar, adquiere una connotación diversa, cuando se trata del interés superior de los menores, pues el Estado reconoce que en materia familiar, al ser un ente dinámico en sus relaciones y necesidades, puede sufrir cambios de condiciones y circunstancias, que, no necesariamente, pueden exceder la voluntad de los cónyuges y padres. Resulta ilustrativa de lo expuesto, el criterio contenido en la tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro: [RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DEBE PREVALECER EN EL JUICIO RELATIVO FRENTE A LA INSTITUCIÓN DE LA COSA JUZGADA](#).1a./J. 28/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XX, Décima Época, t. I, mayo de 2013, p.441. A mayor abundamiento de esta tesis y del interés superior del menor, véase Centro de Ética Judicial, *Ponderación de intereses en los Juicios Civiles de la Investigación de la Paternidad*, mayo de 2017. Disponible en: https://www.centroeticajudicial.org/uploads/8/0/7/5/80750632/ponderación_de_intereses_en_los_juicios_civiles_de_investigación_de_la_paternidad.pdf