

00761

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO**

***¿ES EFICAZ LA MEDIACIÓN, COMO MÉTODO ALTERNATIVO
EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES?***

Tesis que para optar al grado de

MAESTRÍA EN DERECHO

presenta

Selene Isela Campos López

Asesora: Dra. María Leoba Castañeda Rivas.

México, D.F.

2005

m347817

A mi madre, tía y hermanos por el cariño, comprensión y el esfuerzo que siempre realizaron para brindarme lo mejor.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Selene Isela Campos López

FECHA: 14-Sep-05

FIRMA: Campos López Selene

A mi esposo, por la comprensión, apoyo y confianza que siempre ha tenido en mí.

A la Doctora Leoba Castañeda por la motivación, atención y paciencia que tuvo conmigo para asesorarme en el presente trabajo de Tesis.

Al Tribunal Superior de Justicia y Consejo de la Judicatura del Distrito Federal y Consejero Lic. Juan Tzompa Sánchez por el apoyo y facilidades proporcionadas para cursar la maestría.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberme brindado una vez más la oportunidad de prepararme.

¿ES EFICAZ LA MEDIACIÓN, COMO MÉTODO ALTERNATIVO EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES?

	PÁGINA
Prólogo	
Introducción	
CAPITULO PRIMERO.- El conflicto	6
I. Cuestiones previas.....	6
II. Concepto.....	8
III. Características.....	11
IV. Teorías	14
V. Los actores	19
A. Individuales y colectivos	19
B. Directos y terceros	21
VI. Origen	23
VII. Dinámica	32
A. Intensidad del conflicto.....	33
B. Escalada y desescalada	35
VIII. Actitudes frente al conflicto	37
CAPITULO SEGUNDO.- Formas de solución	40
I. Autotutela	41
II. Autocomposición	51
A. Desistimiento	54
B. Allanamiento	57
C. Transacción	58
D. Negociación	70

	PÁGINA
E. Conciliación	75
F. Mediación	82
G. Amigable composición	93
H. Buenos oficios	94
I. Investigación	95
III. Heterocomposición	96
A. Arbitraje	97
B. Procedimiento judicial	101
CAPITULO TERCERO.-Los métodos alternativos de solución de conflictos y la experiencia en el derecho mexicano e internacional.	108
I. Métodos alternativos de solución de conflictos	108
II. La experiencia en México	114
A. Sonora	118
B. Nuevo León	118
C. Morelos	119
D. Quintana Roo	119
E. Colima	119
F. Querétaro	120
G. Baja California Sur	120
H. Aguascalientes	120
I. Distrito Federal	121
J. Puebla	121
K. Guanajuato	122
L. Tabasco	122
M. Oaxaca	122

	PÁGINA
N. Jalisco	123
O. Estado de México	123
P. Chihuahua	123
III. La experiencia en el derecho Internacional.	124
A. América	128
1. Bolivia	128
2. Brasil	128
3. Canadá	128
4. Colombia	129
5. Costa Rica	129
6. Chile	130
7. Ecuador	130
8. Estados Unidos de Norteamérica	130
9. Puerto Rico	131
10. Venezuela	131
11. Cuba	131
12. Paraguay	131
13. República Dominicana	131
14. Uruguay	132
15. Argentina	132
16. Perú	133
B. Europa	133
1. Alemania	134
2. Rusia, Suecia y Suiza	134
3. Italia	134
4. Inglaterra	134
5. Francia	135

	PÁGINA
6. España	135
7. Holanda y Bélgica	135
C. Asia	136
1. China	136
2. Japón	136
3. Singapur	136
D. Oceanía	137
1. Australia	137
2. Nueva Zelanda	137
E. África	137

CAPITULO CUARTO.- ¿ES EFICAZ LA MEDIACIÓN,
 COMO MÉTODO ALTERNATIVO EN LA SOLUCIÓN
 DE CONFLICTOS FAMILIARES?

I. La familia	139
II. El conflicto familiar	149
III. La mediación familiar	156
A. Las emociones en la mediación familiar	160
B. El procedimiento de la mediación	164
C. Interdisciplinas	186
D. Co- mediación	191
E. Acuerdos	193
F. Abogados	205

IV. Eficacia de la mediación, como método alternativo en la solución de conflictos familiares.	210
A. Solución pacífica de conflictos	218

	PÁGINA
B. Prevención de conflictos	221
C. Beneficios	224
Conclusiones.....	228
Bibliografía general consultada	232
Índice	

PRÓLOGO

El Tribunal Superior de Justicia y el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, preocupados por la preparación de los servidores públicos que se desempeñan en dichos órganos, trasladaron a la Universidad Nacional Autónoma de México, a sus aulas, facilitando con ello la realización de la Maestría por quienes teníamos la inquietud de seguir preparándonos, pero que las diversas tareas que a diario realizamos, nos era difícil asistir directamente a las instalaciones de dicha Universidad.

Como consecuencia de lo anterior, la presente investigación constituye la conclusión de un esfuerzo de dos años, de cumplir con la Maestría sin descuidar nuestras labores, pues antes de ser estudiante soy servidora pública, pero preocupados por una constante preparación.

Así, tras una difícil recopilación de información y marchas forzadas para la elaboración del presente trabajo, paralelamente con las funciones que desempeñó en el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, sacrificando tiempo para estar con mi familia, noches de desvelo y hasta malpasadas en mis alimentos para poder acudir a los horarios de las bibliotecas, valieron la pena en virtud de dicho esfuerzo se vio compensado con todo lo aprendido de la Mediación en derecho familiar, motivando un cambio incluso en mi persona al momento en que se me ha presentado algún problema, cambiando mi perspectiva y forma de solucionarlo.

INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio de la presente investigación lo constituye la eficacia de la mediación en materia familiar, derivado de los conflictos que se generan en este ámbito y la trascendencia de la forma de cómo resolverlos, tomando en consideración que en la actualidad, cada vez se está haciendo más uso de las formas alternativas de solución de conflictos como la mediación, conciliación y arbitraje, que proponen soluciones de manera pacífica, procurando la preservación de las relaciones entre los individuos a fin de evitar consecuencias negativas en diversos ámbitos, la prevención de futuros conflictos o bien las negociaciones oportunas.

Por las razones anteriores, la presente investigación analiza en el capítulo primero, el conflicto en general; el capítulo segundo, precisa las formas de solución de conflictos; el capítulo tercero, describe los métodos alternativos de solución y la experiencia en el derecho mexicano e internacional; para finalmente en el capítulo cuarto, con la visión general de conflicto y las formas de solucionarlo, entra al estudio específico de la eficacia la mediación en materia familiar, partiendo de la familia, el conflicto familiar y la mediación familiar destacando las ventajas de que cuenta con procedimiento flexible, confidencial, rápido, económico, voluntario e imparcial, que equilibra los efectos del conflicto, toda vez que las partes con la ayuda de un tercero llamado mediador y de los co-mediadores con conocimientos de diversas disciplinas facilitan el acercamiento y comunicación entre las partes, a fin de que ellos mismos propongan la solución a su conflicto mediante la negociación, para finalizar con la formalización de un acuerdo con el que ambas partes

estén satisfechas, conservando así plenamente el poder de decisión sobre la solución de conflictos. Lo anterior para concluir con los resultados comparativos de la mediación implantada en México como en el extranjero, que reflejan su eficacia en la solución de conflictos familiares, en cuya solución el Estado tiene gran interés y cada vez proporciona mayores espacios para que se desarrolle la mediación, paralelamente a la administración de justicia que imparte en el Poder Judicial.

La familia, como forma concreta de organización, basada en las relaciones de los miembros que la integran, así como en los sentimientos y lazos que los unen, resulta de gran trascendencia la forma de solución de sus conflictos, por contar con una serie de funciones socialmente reconocidas, por lo que se pretende demostrar que la mediación como forma pacífica de solución de conflictos constituye una alternativa para su solución, la cual es aplicada cada vez con mayor frecuencia.

CAPITULO PRIMERO.- El conflicto.

I. Cuestiones previas

El ser humano ya sea en forma individual o en grupo tiene necesidades, fines, objetivos e intereses que muchas veces no coinciden con los de los demás individuos o grupos, provocando situaciones difíciles de enfrentar, denominadas conflictos. Actualmente el conflicto es un fenómeno universal constante en nuestra sociedad, con características y orígenes diversos en distintos ámbitos, entre otros, el familiar, social, laboral, político, religioso, mercantil, cultural, educacional, comercial, empresarial, nacional, internacional. Normalmente el conflicto genera intereses contrapuestos o en ocasiones, simples mal entendidos.

“En todo grupo social, en toda comunidad, el imperativo de la propia convivencia genera tensiones y enfrentamientos individuales o grupales que en muchos casos devienen irreconciliables.”¹ De aquí la importancia del Derecho, como cauce para resolver tensiones o conflictos entre personas, siguiendo un procedimiento sistemático y congruente, que va desde la toma de conciencia sobre el problema a enfrentar.

Los conflictos se presentan en diversos ámbitos; sin embargo, a la ciencia del derecho le interesan los tutelados por las normas jurídicas, no los que se han dejado espontáneamente en la vida social, ya que

¹ Fornaciari, Mario Alberto. “Análisis teórico práctico del derecho procesal civil. Modos anormales de terminación del Proceso.” Tomo III. Caducidad de la Instancia. Ed. Depalma. Buenos Aires, República Argentina. 1991.p. 5

respecto de éstos últimos no se ha estimado necesario proporcionar criterios ni medios para resolverlos, como el conflicto que surge entre dos empresas que tratan de lograr el predominio en un mercado, mientras no traiga consigo una infracción a leyes sobre la libre concurrencia o de alguna otra disposición jurídica no interesa a la ciencia jurídica.²

En concordancia con lo anterior, en el ámbito jurídico existen normas tendientes a proteger los derechos de los individuos en aras de mantener la paz social (normas sustantivas). En cambio las del procedimiento (adjetivas), tienen por objetivo hacer cumplir las primeras; esta amalgama advierte la existencia de la violación a la norma y el procedimiento para resarcir los derechos violentados.

Aunque la teoría del conflicto fue utilizada por primera vez en el ámbito de las relaciones internacionales, ha generado un ámbito de estudio multidisciplinario en las ciencias sociales, las humanidades y la educación. Lamentablemente, la literatura jurídica clásica no ha dado importancia al análisis del conflicto, a pesar de que una de las funciones del Derecho es precisamente, la solución de conflictos en un proceso formal. El desarrollo y dinámica de los llamados métodos alternos, ha permitido que el conflicto, actualmente sea objeto de estudio del derecho, pero todavía no se ha insertado en los procesos formales y adjudicativos. Según Ángel Neptalí Candelario Cadíz, el derecho puede apropiarse de

² Ovalle Favela, José. "Derecho Procesal Civil." 4ª ed. Ed. Harla México, S.A. de C.V. México, D.F. 1992. p. 6

los estudios y hallazgos de otras disciplinas y, desde una perspectiva jurídica, plantear su propia teoría del conflicto.³

II. Concepto

A continuación veremos algunas acepciones del concepto de conflicto, iniciando con su significado.

La palabra conflicto proviene de la voz latina "*conflictus*", " que significa choque, colisión o encuentro de dos cuerpos, ataque, combate, oposición, contrariedad, debatir, luchar contra algo adverso, contienda, posición de intereses."⁴ "Apuro, situación desgraciada y de difícil salida. Problema, cuestión materia de discusión."⁵

Melba Arias Londoño lo define como "la divergencia percibida de intereses o creencias (sentires, pensares, haceres) que impiden a las partes alcanzar simultáneamente sus aspiraciones corrientes."⁶

Para Frost & Wilmot, es "la acción recíproca de personas interdependientes que persiguen metas incompatibles y se interfieren mutuamente para alcanzarlas"⁷

³ Candelario Cadiz, Ángel Neptalí. Teoría del conflicto: Hacia un entendimiento de las relaciones humanas. En la Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico. Memorias del Congreso Internacional de Métodos Alternos: mediación, evaluación neutral y arbitraje. Edición especial. Vol. 62. Núms. 3 y 4. San Juan, Puerto Rico. Octubre - diciembre. 2001. p. 180.

⁴ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1998, p. 725

⁵ Diccionario de la Lengua Española, revisada y puesta al día. 22ª ed. Real Academia Española. Madrid. España. año 2001. p. 420

⁶ Arias Londoño, Melba. "La Conciliación en Derecho de Familia." Ed. LEGIS. Bogotá, Colombia. 2002. p.3

⁷ Loc cit.

Remo F. Etelman concibe el conflicto como "... un enfrentamiento o choque intencional entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan los unos hacia los otros una intención hostil, generalmente acerca de un derecho, y que para mantener, afirmar o restablecer el derecho, tratan de romper la resistencia del otro, usando eventualmente la violencia, la que podría llevar al aniquilamiento físico del otro." ⁸

Según Rubin, Pruitt y Hee Kim, es la "Diferencia percibida de intereses, o una creencia de que las aspiraciones actuales de las partes no pueden ser alcanzadas simultáneamente"⁹

Allan E. Barsky lo describe como una "...situación en la cual dos o más personas expresan diferentes creencias, valores o intereses, aun cuando la diferencia sea real o percibida."¹⁰

Stephen Worchel y Sharon Lundgrun ubican al conflicto interpersonal como "la tensión entre dos o más entidades sociales (individuos, grupos u organizaciones mayores) que proviene de la incompatibilidad de respuestas reales o deseadas."¹¹

Ahora bien, Francesco Carnelutti señala que el interés "...no significa un juicio, sino una posición *del hombre*, la posición *favorable a la satisfacción de una necesidad*."¹², surgiendo el conflicto entre dos intereses cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad

⁸ Remo F. Etelman. "Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma." Ed Gedisa. Barcelona, España. 2002. p.45

⁹ Pérez Fernández del Castillo, Othón, et. al. "Manual Básico de Conciliación." Ed. Vivir en paz. Organismo no gubernamental. México, D.F. 2003. p. 31

¹⁰ Loc. cit.

¹¹ Loc. cit.

¹² Carnelutti, Francesco. "Instituciones de derecho procesal civil". Biblioteca clásicos del derecho. Primera serie. Vol. 5. Ed. Oxford University Press México, S.A. de C.V. México, D.F. 2003. p. xLxi

excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta.”¹³

La palabra “*conflicto* usada para denotar modos de pensar o emociones o conductas¹⁴, no es un concepto objetivo, sino más bien subjetivo: en general es aquello que los individuos perciben como tal,¹⁵ teniendo cada uno de ellos una perspectiva particular, que no es dable percibir por la otra persona, ni el conflicto en su totalidad.¹⁶

Conforme a las anteriores definiciones, el conflicto se refiere a exteriorizar la diferente forma de pensar, sentir, valorar, desear, interesar de alguien, respecto de una misma situación o cosa, creando situaciones hostiles con otros, al pretender o imponer la forma de pensar o sentir de alguien sobre valores, deseos o intereses de otro u otros, quienes no se someten y dan origen al conflicto.

De ello se infieren los siguientes elementos:

1. Presencia de dos o más partes
2. Intereses opuestos entre ellos
3. Reconocimiento de esos intereses
4. Preexistencia de relaciones y un contexto en donde se da
5. Creencia de que el otro obstruye sus intereses
6. Acciones que obstaculizan los objetivos de ambas partes¹⁷

¹³ Loc. cit.

¹⁴ Díaz, Luis Miguel. “Privatización de conflictos.” Novena Época. Tomo X. Primer Semestre. Ed. El Foro. Barra Mexicana y Colegio de Abogados, A.C. México, D.F. 1997. p. 59.

¹⁵ Roque J. Caivano. et. al. “Negociación y Mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna.” Ed. AD-HOC, S.R.L. Buenos Aires, República Argentina. 1997. p.117

¹⁶ Castanedo Abay, Armando. “Mediación. Una Alternativa para la Solución de Conflictos.” Editado por el Colegio Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales. México, D.F. 2001. p. 83.

¹⁷ Arias Londoño, Melba. op. cit. p. 4

III. Características

No siempre es agresivo el conflicto, sólo si hay intención de hacer daño;¹⁸ en este orden, el derecho prevé normas que protegen y sancionan la violación a derechos e integridad de los individuos por las consecuencias derivadas del daño causado.

El problema puede convertirse en punto de partida de cuestiones cada vez más difíciles ó mayores,¹⁹ toda vez que si no se resuelve a tiempo, puede aumentar su intensidad o provocar otros conflictos, como más adelante se analizará.

Es beneficioso estimularlo cuando está latente, pues evita el estancamiento y afina decisiones,²⁰ las cuales deben tomarse a tiempo, para evitar mayor conflicto, y por supuesto una difícil solución.

En sí, el conflicto no es bueno ni malo; si lo cambia la forma y manejo del proceso que deviene, puede agudizarse y generar guerras; pero al conducirlo acertadamente, permite su solución.²¹

El conflicto, como antes se señaló no tiene una connotación negativa; por el contrario generalmente es positiva y sirve para fortalecer relaciones. Es importante distinguirlos para rescatar las oportunidades que presenta en su dinámica. Aquellas oportunidades se pierden si emerge violencia. Debido a que la televisión, el cine y algunos presupuestos culturales – sobre todo aquellos relativos a los roles dentro

¹⁸ Loc. cit.

¹⁹ Loc. cit.

²⁰ Loc. cit.

²¹ Loc. cit.

de la sociedad- a menudo exaltan las virtudes de ser duro e intransigente, es difícil destacar aspectos positivos del conflicto y presentarlo como forma de desarrollar habilidades.²²

La heterogeneidad es natural entre las personas y la diversidad es parte de la vida en comunidad. Estas diferencias motivan discrepancias y pueden, si no son manejadas correctamente, desencadenar en conflictos. Por ello, el conflicto está presente en la vida diaria de personas e instituciones que interactúan y se relacionan. Si se logra comprender lo que realmente significa el conflicto, despojándose de las culturalmente tradicionales connotaciones negativas, en lugar de producir sentimientos encontrados, puede acarrear el fortalecimiento de las relaciones.²³

Se suscitan emociones o sentimientos que muchas veces impiden o dificultan la solución, como el dolor, hostilidad, confrontación, disgusto, desasosiego, crisis, peligro, sufrimiento, estrés, culpa, ansiedad, vergüenza, competencia, presiones sociales, depositar en el otro el origen del conflicto, sentimiento de pérdida, preocupación por cuidar la imagen personal, etc.²⁴

Las características de los conflictos generados en otros ámbitos, frente a los familiares, esencialmente radican en que: las partes manejan intereses controvertidos y dirimidos por un juez; en cambio en materia familiar, surge la necesidad de proteger no solamente intereses jurídicos, sino de orden emocional.

²² Roque J. Caivano. et. al . op. cit. p.116.

²³ Loc. cit.

²⁴ Pérez Fernández del Castillo, Othón. et. al. op. cit., p. 33

Los miembros del núcleo básico se encuentran unidas por sentimientos de afecto y a semejanza con todos los conflictos si no se resuelve oportunamente, puede generar violencia que provocará resentimientos entre sus miembros, aun más difíciles de conciliar.

No sólo afecta a la célula familiar o a sus miembros. Sus efectos trascienden a otros ámbitos de la vida de los integrantes de la familia, verbigracia, en la escuela o el trabajo, generando situaciones de distracción o incluso rebeldía.

En casos extremos puede causar desintegración familiar, que paralelamente a los conflictos internos del grupo, provoca conflictos externos, ante la sociedad, bastando como ejemplo de ello, los niños de la calle, prostitución de menores, drogadicción, la delincuencia, entre otros. Es el Estado el encargado de evitar la alteración del orden y dar seguridad de los gobernados, previendo incluso las normas o tratamiento especial, para menores que cometen delitos al ser catalogados como "infractores" no como delincuentes, estableciendo órganos especiales para su conocimiento.

Las partes se ven obligadas a continuar con sus relaciones por tener intereses en común, así como obligaciones y derechos que no se extinguen por suscitarse un conflicto, como en el caso de la disolución del vínculo matrimonial, cuando hay hijos, toda vez que subsisten derechos de convivencia con los menores, así como obligaciones alimenticias; de ahí que la ciencia jurídica debe preocuparse por dar auge a formas de solución que permitan de manera satisfactoria resolver los conflictos familiares. Debe procurarse continuar de la manera más cordial con los lazos de familia, con el menor daño posible.

Lo anterior nos da una visión clara de por qué para el Derecho son tan importante los conflictos familiares y su adecuada solución.

IV. Teorías del conflicto

Teoría de Burton

Percibe al conflicto como “obstáculo a la satisfacción de necesidades; y si surge de la no satisfacción de éstos, la respuesta ideal es adoptar medidas de colaboración que revelen los problemas identificados, considerando que cualquier intervención para resolver la disputa está destinada al fracaso a menos que la causa sea erradicada.”²⁵

En esta teoría se visualiza el conflicto como un obstáculo para la satisfacción de necesidades, pero destaca por depositar en las partes la responsabilidad de solucionarlo, a través de la colaboración, para lograr equidad de intereses.

Teoría Marxista

Fundamentada en el conflicto social de la lucha de clases (“La historia de todas las sociedades existentes hasta el presente es la historia de la lucha de clases”, afirma el Manifiesto del partido comunista, 1848), sosteniendo que es la principal fuerza motriz de la historia; constituye la

²⁵ Arias Londoño, Melba. op. cit. p. 4

lucha entre burguesía y proletariado para ejecutar el cambio social. Una vez abolida la división entre clases, lógicamente el conflicto se extingue.²⁶

Esta teoría al igual que la anterior, considera irresoluble al conflicto, únicamente se extingue la causa, con la diferencia de que aquí no se prevé en su solución la colaboración; por el contrario, se basa en la lucha, en la cual necesariamente tendrá que ganar una de las partes, propiciando así el cambio.

Dahrendorf formula “las hipótesis en la base de la teoría alterna, de la anteriormente delineada, a saber la teoría de la coerción de la integración social (1971:1257):

1. toda sociedad y cada uno de sus elementos están sujetos en todo momento a un proceso de cambio (hipótesis de la historicidad);
2. toda sociedad es un conjunto en sí mismo contradictorio y explosivo de elementos (hipótesis de la explosividad);
3. todo elemento de una sociedad aporta una contribución a su cambio (hipótesis de la disfuncionalidad o productividad);
4. toda sociedad se conserva mediante la coerción ejercida por algunos de sus miembros sobre otros miembros (hipótesis de la coerción).²⁷

²⁶ Bobbio, Norberto. Incola Matteucci y Gianfranco Pasquino. “Diccionario de Política.” Redactores de la edición en español José Aric, Martí Soler y Jorge Tula, 9ª ed. en español. Ed. Siglo XXI editores S.A. de C.V. México, 1995. p. 300

²⁷ Loc. cit

Esta teoría consiente de un proceso continuo de cambio, prevé ante las contrariedades a las que están expuestas las relaciones, una estabilidad por medio de la coerción, ejercida por el Estado, a través de las normas impuestas a los gobernados, asegurando su eficacia, a través de las sanciones previstas para los infractores.

Teoría de la gestión.

Considera inevitable al conflicto como parte de la naturaleza humana, pero orienta su carácter dinámico y litigioso hacia espacios que lo mantengan por debajo de los umbrales de una relación agresiva.²⁸

Esta teoría invita a auxiliarse de métodos de solución pacífica, para evitar la agresividad de las partes, orientando su carácter dinámico a la colaboración.

Teoría de la transformación

Destaca la naturaleza dialéctica del proceso del conflicto, considerándolo parte de las relaciones humanas y propulsor social hacia el cambio.²⁹

De lo anterior, se concluye que las relaciones entre sujetos siempre están expuestas a conflictos, como obstáculos para la satisfacción de intereses; sin embargo, debe prevalecer la cooperación entre las partes, a fin de evitar situaciones hostiles que dificulten su solución, y más bien

²⁸ Arias Londoño, Melba, op. cit. p. 5

²⁹ Loc. cit.

se convierta en un propulsor del cambio que además de permitir o continuar con las relaciones, propicien mayores ventajas para las partes.

Sociólogos y politólogos se han cuestionado acerca del conflicto social, aportando interpretaciones diversas. En un extremo del “*continuum*” Comte, Spencer, Pareto, Durkheim y entre los contemporáneos Talcote Parson, ven en cada grupo, sociedad u organización algo armónico y equilibrado, constituyendo el estado normal. En este supuesto, todo conflicto se considera una perturbación; ya que el equilibrio es una relación armónica entre diversos componentes de la sociedad y constituye su estado normal, las causas del conflicto son metasociales, que han de detectarse fuera de la misma sociedad, siendo el conflicto algo malo, que se ha de reprimir y suprimir, por considerarse una patología social.³⁰

En el otro extremo del “*continuum*” Marx, Sorel, John Stuart Mill, Simmerl y entre los contemporáneos Dahrendorf y Touraine, consideran que cualquier grupo o sistema social se ve surcado continuamente por conflictos, ya que en ninguna sociedad la armonía o el equilibrio son estados normales. Al contrario, precisamente la desarmonía y el desequilibrio, constituyen la norma, y está bien que así sea. A través de los conflictos surgen cambios y se manifiestan mejoras.³¹

Los funcionalistas consideran al conflicto como el producto sistemático de las estructuras sociales, no obstante los consideran como algo molesto para el funcionamiento de un sistema, o sea como disfunción. Algunos investigadores funcionalistas, como Robert Morton,

³⁰ Bobbio, Norberto et. al. op. cit. 299

³¹ Ibidem. p. 300

precisan más y consideran al conflicto disfuncional en dos sentidos: como producto de la falta de funcionamiento o como el mal funcionamiento del sistema o productor de obstáculos y problemas (*strains and stresses*) en dicho sistema.³²

No hay mucho que añadir a lo mencionado por los investigadores sobre la armonía y el equilibrio social. Dahrendorf (1971:256-257) ha resumido lúcidamente sus posiciones en cuatro hipótesis:

“1) Toda sociedad es un conjunto (“relativamente”) estable y duradero de elementos (hipótesis de la estabilidad);

2) toda sociedad es un conjunto bien equilibrado de elementos (hipótesis del equilibrio);

3) todo elemento de la sociedad tiene una función; o sea, aporta una contribución a su funcionamiento (hipótesis de la funcionalidad);

4) toda sociedad se conserva gracias al consenso de todos sus miembros sobre determinados valores comunes (hipótesis del consenso).”³³

Dahrendorf llega a la conclusión de que “una teoría aceptable del conflicto social puede elaborarse solamente si asumimos como plataforma la teoría de la coerción de la integración social.”³⁴

³² Loc. cit.

³³ Loc. cit.

³⁴ Ibidem. p. 301

De lo anterior, se concluye que los individuos son tan diferentes y sus relaciones inevitablemente se ven expuestas al conflicto, por lo impredecible de las reacciones ante una misma situación. En ocasiones es inevitable, y no obstante ello, como antes ya ha quedado señalado no sólo tiene aspectos negativos, sino también positivos que de ser rescatados generan cambios benéficos en las relaciones.

V. Los actores

Un logro básico para la cabal comprensión de la magnitud del conflicto consiste en poder determinar:

- Quiénes intervienen de forma directa o indirecta en él.
- El rol o posición de cada parte en relación al conflicto.
- Existe en alguna de las partes, algún ascendiente para determinar un cambio en el curso del conflicto.”³⁵

En el conflicto familiar resulta relevante determinar los actores, toda vez que son a quienes afecta el conflicto y a quienes afectará dicha solución, pues serán los únicos vinculados por ella.

A. Individuales y colectivos

“Al categorizar el conflicto como una relación social en el sentido de Max Weber; quedó dicho ya que sus actores son seres humanos. Pero enfatizando no es una obviedad, tan pronto como se ocupa de conflictos en los que por lo menos uno de los campos enfrentados incluye actores plurales o colectivos, especialmente si están de alguna manera

³⁵ Abay Castanedo, Armando, op. cit. p. 95

organizados. ³⁶ Es decir, como los Estados parte de un conflicto, que está integrado por diversos miembros, pero es representado por un individuo (Presidente, Reyes, etc).

Los conflictos Individuales, se desarrollan entre dos sujetos, concebidos como típicos protagonistas del conflicto conyugal en materia familiar. En los *conflictos colectivos* los actores persiguen el mejor conocimiento del proceso de toma de decisiones de cada uno de ellos, la mejor percepción y comprensión de sus conductas e intenciones y la mejor construcción de escenarios futuros. No se altera la idea esencial de que todos los enfrentamientos son protagonizados por individuos, aunque éstos actúan en algún sentido o de alguna manera en representación de un grupo mayor, aquí son los conflictos entre Estados, Universidades, sociedades, etc., surgiendo en ellos el problema de ¿quiénes son los actores?, pues pensemos que no todos los blancos están en conflicto con los de color, así también cuando una parte de la población no coincide con las decisiones adoptadas en nombre del Estado. ³⁷

En el conflicto colectivo siempre subyacen cuestiones internas, en el proceso de toma de decisiones, verbigracia, la Guerra de Estados Unidos contra Vietnam; se rechazó por un sector de la población. En los conflictos internos los adversarios tratan de influenciar, con estrategias psicosociales la opinión interna de los miembros oponentes, por lo que esos disidentes son vistos como terceros con quien el otro actor puede intentar una alianza para aumentar su poder, con lo que parece una fragmentación de los actores colectivos, en oposición a la cohesión entre ellos. ³⁸

³⁶ F. Etelman, Remo, op. cit. p 77

³⁷ Ibidem., pp. 77 a 79

³⁸ Ibidem., p. 80 y 81.

Finalmente en el conflicto colectivo, el líder debe ser reconocido dentro del grupo y por el adversario, pues hay líderes reconocidos por el adversario pero no por el grupo y viceversa.³⁹

Sin embargo, tanto el conflicto individual como colectivo, si no se encaminan a una solución de la manera más benéfica para las partes, pueden desencadenar otros problemas de mayor intensidad, dificultando cada vez más una solución.

B. Directos y terceros

“...Una de las características del conflicto es su bipolaridad, que supone la exclusión de terceros. Julien Freund ha dicho con razón que el conflicto es una relación signada por el principio de un tercero excluido. En realidad lo que ocurre es que los terceros, o bien son absorbidos por el conflicto, o bien se mantienen fuera de él. Sin embargo, tanto algunas de las maneras en que los terceros hacen “implosión” en el conflicto como otras en que participan en su resolución, son temas inexcusables para la disciplina.”⁴⁰

En el conflicto familiar los actores directos obviamente son víctimas del problema, sin embargo, casi siempre intervienen actores indirectos, que influyen en el conflicto e impiden en muchas ocasiones una solución, pues crean o refuerzan aún más los sentimientos de rechazo entre las partes, como es en el caso de abogados, familiares y amigos, en el marco de la disolución de un matrimonio y otros problemas familiares.

³⁹ Ibidem.. pp. 84.

⁴⁰ Ibidem. p. 133.

George Simmel es el primer autor moderno que trató el tema de los terceros, distinguiendo tres clases:

a) *terceros imparciales* no implicados en el conflicto, a quienes se les pide juzgarlo o ponerle fin, como el árbitro o mediador que facilita la comunicación entre las partes, a fin de coadyuvar en la solución del conflicto o el juez ante quien una de las partes se sujeta, obligando jurídicamente al otro a aceptar su intervención.

b) *terceros denominados "tertius gaudens"*, a quienes los autores franceses llamaron "*tiers larron*", que textualmente se traduce como "*tercero ladrón*", es decir, quien sin estar implicado en el conflicto, obtiene beneficio de él.

c) *tercero identificado* con la vieja máxima "*divide para gobernar*", en el que interviene directamente, porque obtiene ventajas o espera obtener una posición dominante. Freund critica esta clasificación, porque tan pronto como el tercero juega un rol de dividir para gobernar participa directamente en la contienda, provocando la bipolaridad entre las unidades contendientes."⁴¹

En reemplazo de la clasificación Simmel, Freund, propone distinguir entre:

a) *Terceros que participan en el conflicto.*

- Las alianzas
- El tercero protector, que en el derecho internacional se refleja cuando dos adversarios con poco poder, se traban en un conflicto que se

⁴¹ Ibidem. p. 134

resuelve cuando uno de los campos recibe apoyo de un tercero, el cual es considerado un aliado del contrario.

- el tercero beneficiario, en el sentido de “*tertius gaudens*” de Simmel.

b) *Los terceros que no participan en conflicto*; intervienen en la solución sin participar en la contienda, como el disuasor, el persuasor y el moderador. Los disuasores, obligan a la terminación del conflicto bajo la amenaza de interferir en él. El persuasor, por una u otra razón tiene el poder suficiente de influencia para persuadir a las partes o a alguna de ellas a realizar actos u otorgar concesiones para finalizar el conflicto, resolviendo la incompatibilidad de metas.⁴²

Remo F. Etelman habla del “*magnetismo conflictual*” como Freund utiliza la expresión “*implotar*” para referirse a un tercero que se aproxima al conflicto y termina por caer en él.⁴³

En el derecho familiar los terceros protectores pueden ser miembros de la misma por los lazos afectivos que los unen, pero el Estado a través de normas también tiende a la protección y preservación familiar, encaminando acciones gubernamentales o privadas para lograr dicho objetivo.

VI. Origen

En cuanto a su origen, tiene dos acepciones:

La primera respecto a ¿dónde surge?, es decir, en el propio individuo, entre individuos o grupos, así surgen:

⁴² Ibidem.. p. 135

⁴³ Ibidem. p. 136

a) ...el "*Conflicto interno, intrapsíquico o interpersonal*: Se presenta cuando el individuo se ubica en un estado en el cual enfrenta la necesidad de tomar una decisión para dar respuesta a dos o más intereses que no puede satisfacer a la vez.

b) *Conflicto interpersonal*: surge cuando dos o más personas, ligadas por un objetivo compartido y con intereses o necesidades mutuamente incompatibles entran en problemas.

c) *Conflicto intergrupalo social*: cuando dos o más grupos, o países están ligados por un fin común pero sus intereses son excluyentes."⁴⁴

En relación al conflicto interpersonal, resulta aplicable la siguiente anécdota "Era un asno —según Burilan el escolástico del siglo XIV— que se moría de hambre pero también de sed. De repente, cuando caminaba y cavilaba sobre sí tenía más hambre que sed, topó con un cubo de avena y con un cubo de agua. El asno paró y comenzó a vivir un conflicto interno sobre lo que debía hacer primero, comer la avena o beber el agua. El asno pereció pues no pudo resolver su conflicto, el hambre y la sed, lo mataron literalmente. Freud llama la atención sobre la diferencia entre "el conflicto consigo mismo" y "el conflicto con otro"

La segunda acepción del origen del conflicto esta relacionada con los motivos o causas que lo provocan como:

⁴⁴ Pérez del Castillo, Othón. et. al. op. cit. p. 30

a) *Diferencia en la percepción de Intereses*, creados por los deseos de satisfacer necesidades personales o de grupo, relacionado con distribución de bienes o recursos y de poder⁴⁵.

La familia está integrada por miembros con diferentes personalidades, edades, sexos, actividades, deseos, intereses e incluso valores. Resulta imposible evitar contradicciones en las relaciones cotidianas que evidencian un mal funcionamiento entre sus miembros, las cuales, de no apreciarse oportunamente originan un problema, que en alguno de sus miembros deja frustración e infliere un nocivo desarrollo integral.

“Esa percibida divergencia de intereses puede encontrar sus raíces en diferentes cuestiones, tales como:

- *Malos entendidos*: Cuando el receptor del mensaje lo interpreta de manera distinta de la intención del emisor. Constituye un problema de comunicación.

- *Deshonestidad*: Mentiras, ocultamientos, verdades parciales. Presenta un problema a la relación intersubjetiva.

- *Negligencia*: Promesas, obligaciones, y responsabilidades incumplidas, descuidos en el actuar y en el hablar.

- *Intención*: Causar daño físico o emocional, “darle su merecido”; venganza.

⁴⁵ Ibidem. p. 29

- *Falta de límites preestablecidos*: La no fijación de claros límites personales puede provocar la intromisión ajena. Pobre definición de lo que se desea o necesita, o de lo que no se desea o necesita de los otros.

- *Motivaciones ocultas, consientes o inconscientes (hidden agendas)*: intenciones distintas de las expresadas.

- *Temor*: Es una de las principales causas de conflictos, a la vez que también lo es de las raíces anteriormente descritas. Por temor a verse perjudicado es habitual crear barreras defensivas y no abrirse en la comunicación.

- *Ausencia de interés o habilidad para manejar situaciones de conflicto*: Esta puede ser considerada la mayor fuente de conflictos. Produce reacciones emocionales, no racionales, que en nada favorecen la resolución eficiente de la situación.”⁴⁶

Las anteriores diferencias, son tan cotidianas en las relaciones familiares, sin embargo, muchas de las veces no las percibimos, si lo hacemos, a veces no solucionan o evitan el conflicto, pues se está más acostumbrados a no admitirlas, o bien puede haber interpretaciones de incompatibilidad donde no los hay.

En el ámbito del conflicto familiar, cuántas veces por negligencia y sin pensar, se suscitan resentimientos entre los miembros de la familia, como en el caso de los padres frente a sus hijos, que por falta de atención provocan rompimiento.

⁴⁶ Roque J. Caibo et. al. op. cit. p.119.

Así mismo en la familia, se convive tan cercanamente, sin tomar en cuenta que cada miembro es un individuo distinto, y por ello se deben respetar los límites entre sus integrantes, cuestión a la que comúnmente no está acostumbrado el grupo familiar.

El conflicto familiar debe delimitarse, con base a hechos reales, para que de acuerdo a ello las partes se sujeten a un proceso de solución. Ambas partes consientes de la causa del conflicto, rescatan los aspectos positivos en beneficio de las relaciones, evitando daños de imposible solución y evitando a toda costa formas de expresión de la diferencia de intereses mediante acciones agresivas o violentas.

b) Diferencia en la percepción de valores, como confrontación de creencias, posiciones éticas, cívicas o morales, ecuación, prestigio, etc.⁴⁷ o como “*Intransigencia* frente a valoraciones filosóficas, políticas, religiosas, morales, etc., distintas de las propias.”⁴⁸, a la que cabría agregar las intransigencias culturales e históricas, como el conflicto en el medio oriente.

c) Diferencia en la percepción de derechos, por las “Manifestaciones de contraposición intersubjetivas de derechos y obligaciones, como fenómeno que se produce cuando un mismo bien coexisten dos pretensiones encontradas.”⁴⁹

Aquí es donde surge el conflicto jurídico, en el cual se pretende ejercitar el cumplimiento de derechos y obligaciones, conforme a la norma legal, quien prevé los mecanismos para reclamarlos, así como para estar

⁴⁷ Pérez Fernández del Castillo, Othón. et. al. op. cit. 29.

⁴⁸ Roque J. Caibo, et. al. op. cit. p. 119.

⁴⁹ Ibidem. p. 117.

en aptitud de poder defenderse, pues pensemos por ejemplo en un bien respecto del cual ambas partes consideran que conforme a la norma tienen derechos sobre él.

“... exige la subordinación del interés ajeno al interés propio; y frente a esa pretensión, la otra parte expresa su resistencia, o sea se opone a la misma, negando subordinar su interés propio al interés hecho valer mediante la pretensión. Si ante la pretensión de la primera, la segunda no opusiere resistencia, no surgiría litigio; el conflicto de intereses quedaría resuelto por la sumisión de la persona contra la cual se formuló la pretensión.”⁵⁰

En la doctrina jurídica Carnelutti concibe a la litis como “... un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida).”⁵¹

La litis constituye en el campo jurídico la delimitación del conflicto, refleja que aún cuando no hay teoría sobre el mismo, al ser el objeto de prevención y solución a través de las normas jurídicas, lo delimita para establecer los parámetros sobre los cuales versa el reclamo y la defensa en contraposición a éste, por lo que no se puede hablar de una total ausencia de análisis del conflicto en la ciencia jurídica.

La doctrina expuesta por Carneluti ha sido pasible de críticas al confrontarla con el proceso penal. Así se sostiene que en la comisión de delito el conflicto entre ofensor y ofendido queda relegado a un plano

⁵⁰ Ovalle Favela. José. op. cit. p. 6

⁵¹ Fornaciari. Mario Alberto. op. cit. p. 5

inferior, puesto que la conducta punible pone en peligro o ataca un bien o interés social. El conflicto se plantea entre el delincuente y la comunidad que exige del estado el ejercicio de *ius puniendi*.⁵²

Efectivamente en los conflictos penales, ocasionados por la comisión de delitos, si bien es cierto la víctima es la afectada en primera instancia, paralelamente, hay una afectación a la sociedad, por lo que el interés en este tipo de conflictos no se encuentra exclusivamente subordinado al ofendido, sino también a una colectividad necesitada de orden y seguridad de los gobernados, poniendo en marcha los mecanismos previstos para el proceso, sanción y ejecución de ésta última, siendo por ello considerados en el derecho procesal penal, partes al indiciado y un representante de sociedad (Ministerio Público en el derecho procesal mexicano), sin olvidarse del interés de la víctima, al prever conjuntamente normas sobre la reparación del daño.

Por ello, si el ofendido no ejercitase acción en contra del delincuente, el Estado actúa de oficio, ante la afectación de la sociedad.

De acuerdo con lo anterior, el conflicto jurídico no se limita a los intereses estrictamente patrimoniales, sino relacionados también con las funciones que corresponden a las partes, como los intereses contrapuestos en el conflicto penal y en el administrativo que no son los patrimoniales de quienes tienen a su cargo el desempeño de funciones de agente de Ministerio Público o de la administración pública, sino son los intereses objetivos de las funciones que les competen como órganos del Estado, pues el interés del primero es la persecución de los delitos y la

⁵² Loc. cit.

administración pública tiene interés en la defensa de la legalidad de sus propios actos.⁵³

Empero, lo que nos interesa de la concepción de Carnelutti es la fundamental idea de conflicto de intereses como algo previo y subyacente al litigio. Para él el conflicto es el elemento material de la litis, la pretensión y la resistencia son su elemento formal. En otras palabras, la confrontación intersubjetiva es previa al proceso, pudiendo encontrar solución recurriendo a él ...⁵⁴

Así mismo, en el campo de lo jurídico pueden suscitarse diferencias en la interpretación y aplicación de leyes, normas, reglamentos o acuerdos, así como el planteamiento o necesidad de modificar alguna de estas reglas o ciertos marcos legales, para ser adecuados a nuevas realidades.⁵⁵

Como consecuencia de los constantes cambios en la sociedad, el derecho debe ser dinámico, dar importancia a formas de solución para beneficio de los justiciables, en el ámbito económicos y personal, sobre todo en el caso de los conflictos familiares, en que se tratan cuestiones tan sensibles, como los menores de edad, toda vez que la ciencias jurídica ha desarrollado más la lucha en un procedimiento, cuyo objetivo es resolver el conflicto, este es favoreciendo al que mejor prueba su pretensión o defensa, que en muchas de las ocasiones no se basa en hechos verdaderos, siendo necesario por tanto que facilite otras formas de solución de conflictos, en el que las partes conscientes y con base en

⁵³ Ovalle Favela. José. op. cit. p.8 y 9

⁵⁴ Fornaciari. Mario Alberto. op. cit. pp. 5 y 6.

⁵⁵ Pérez Fernández del Castillo, Othón . et. al. op. cit. 29.

los hechos verdaderos que originaron el conflicto, lleguen de manera pacífica realmente a solucionarlos a través de la cooperación, a efecto de producir mayores resultados positivos en contraposición a los negativos.

d) Cuestiones psicológicas, como lucha u oposición de sistemas de energías o impulsos (teoría psicoanalítica) o de conductas (teoría conductista). “El conflicto no puede valorarse negativamente, ya que es propulsor del desarrollo del individuo quien puede transitar dentro de la normalidad o pasar a un estado patológico. La diferencia estará marcada según a manera de resolver o dirigir el conflicto.

Puede afirmarse entonces, que el conflicto en sí mismo no es negativo o positivo: será destructivo si no se resuelve y escala en una confrontación hostil o directamente en violencia; y constructivo si permite canalizar las diferencias y propiciar una solución. “Un conflicto entonces producirá tanto sensaciones de frustración, pérdida y amenaza, como oportunidades de poner fin a situaciones de paralización planteando y resolviendo los problemas a través de un intercambio productivo mediante comunicación fluida. Además puede producir oportunidades de cambios y mejoras sociales y personales si esas diferencias son abordadas creativamente con la intención de resolver convenientemente.”⁵⁶

En los conflictos familiares, las cuestiones psicológicas son un tema tan importante que de no tratarse con el asesoramiento de las personas especializadas, resultará muy difícil de resolver satisfactoriamente en agravio de las partes.

⁵⁶ Roque J. Caibo et. al. . op. cit. p- 117 y 118.

VII. Dinámica del conflicto

El conflicto se produce en las relaciones interpersonales, tan son dinámicas y cambiantes, como las situaciones del conflicto, el cual no es estático, sino concatena momentos diversos. En ese sentido el conflicto y sus autores están dentro de una dinámica.⁵⁷

“El conflicto es un proceso dinámico, sujeto a la permanente alteración de todos sus elementos. A medida que se desarrolla su devenir cambian las percepciones y las actitudes de los actores que, en consecuencia, modifican sus conductas, toman nuevas decisiones estratégicas sobre el uso de los recursos que integran su poder y, a menudo, llegan a ampliar, reducir, separar o fusionar sus objetivos. En la dinámica de la interacción de los conflictuantes la intensidad de los recursos que utilizan para procurar sus objetivos, esta sujeta a cambios de nivel, que condicionan las posibilidades y los métodos de administración y de resolución. El carácter dinámico del conflicto produce una inevitable y permanente alteración de sus términos. Una situación conflictiva totalmente estática no existe en la realidad aunque el conflicto pueda tener períodos de estancamiento en que aparentemente un statu quo perdura. Incluso ese período de aparente inmovilidad produce cambios en las percepciones de los actores, en sus imágenes del adversario del conflicto y anticipa decisiones futuras que serán distintas de las que se hubieran emprendido de no haber mediado el statu quo.”⁵⁸

En la dinámica del conflicto familiar, debe tenerse especial atención, pues de no ser así se puede interferir la violencia, que hará

⁵⁷ Ibidem. p. 122

⁵⁸ F. Entelman, Remo. op. cit. p. 173

únicamente más difícil resolver el conflicto, a través de medios de cooperación entre las partes.

A. Intensidad del conflicto

“La intensidad a que nos referimos aquí no es la intensidad del sentimiento conflictual sino la de la conducta conflictiva. Este concepto está vinculado con la intensidad de los medios o recursos de poder que utilizan las partes en busca de sus objetivos. Y aquí debe entenderse que al hablar de utilización de recursos, se incluye también la amenaza de esa utilización. Un conflicto entre particulares aumenta su intensidad no sólo cuando sorpresivamente se inicia una querrela penal. Ni uno internacional aumenta sólo cuando se produce una invasión. La intensidad aumenta también cuando se amenaza con realizar alguno de esos actos. La diferencia entre la intensidad de los recursos utilizados por los actores – o de aquellos con cuya utilización amenazaban – e intensidad de los sentimientos negativos entre los actores puede comprobarse fácilmente, tanto en el área de los conflictos internacionales como en el área de los conflictos internos. Veremos oportunamente que la tendencia de los conflictos a aumentar su nivel de intensidad se percibe tanto cuando los actores están ligados por sentimiento relativamente positivos como cuando sus sentimientos son recíprocamente hostiles. Lo que en realidad ocurre es que la administración de los recursos más o menos intensos, no es un producto de la conciencia emocional, donde se dan los sentimientos, sino una decisión racional del sector intelectual de la conciencia.”⁵⁹

⁵⁹ Ibidem pp. 165 y 166.

F. Entelman Remo, cita el ejemplo de un conflicto empresarial, en el cual tras un intento de negociación fracasado, el Director resolvió realizar conductas conflictivas, recomendando a sus operadores que las primeras fueran bajas de intensidad, proyectando éstos una carta, con requerimientos formales, considerados discretos y no agresivos, pero cuando la compañía consultó a su matriz en España, relatando la política decidida y el proyecto de carta, tuvo una respuesta sorpresiva, al indicarles que ese suave mensaje requisitorio, utilizando el lenguaje típico de abogados, como *“bajo apercibimiento de acciones legales”*, era interpretado en España como una acción agresiva, contradictoria con la política a implementar; en consecuencia los responsables locales discutieron el tema telefónicamente con los españoles, quienes los ilustraron sobre la forma de comunicarse en su medio, coincidiendo que se trataba de un problema cultural.

“La intensidad de las acciones conflictuales que se trata de evaluar debe medirse con relación a los valores que uno supone que se adjudicaran a su destinatario.”⁶⁰

B. Escalada y desescalada

“Las respuestas y actitudes frente a situaciones de conflicto tienen dos tipos de efectos: aumentar su volumen y el alcance, o bien, bajar su intensidad. En el campo de los desacuerdos se puede aplicar, también, la regla física de acción-reacción: toda actitud de una parte va a ser contestada – de alguna manera- por la otra. En general, puede decirse que a toda acción que produzca insatisfacción le seguirá otra en igual

⁶⁰ Ibidem. p. 172.

sentido. A este efecto de aumento de intensidad, de carga negativa, lo llamamos “escalada.”⁶¹

En los conflictos las partes accionan y reaccionan escalonando la intensidad. Así se origina un proceso circular que facilitando la inclusión de nuevos reclamos, distintos al original, siendo el objeto ganar al adversario, no dejarse vencer, por la acción violenta o amenazante de la otra. Por ello, uno de los peligros de la escalada es desviar el esfuerzo de las partes hacia objetivos distintos del originario, es decir, la escalada del conflicto puede llevar a una de las partes o a ambas a caer en una gestión adversaria de suma cero, es decir persiste la idea de que las ganancias obtenidas por una parte son idénticas a las pérdidas de la otra, de manera que lo que cada una consigue es a expensas de la otra, con el riesgo de conseguir un *impasse*.⁶²

“Los conflictos interpersonales se presentan en tres planos:

- inteligencia: acuerdos y desacuerdos
- voluntad :actitudes positivas y negativas
- emocional: tratamiento amistoso y hostilidad

Por ello se deberá identificar en cual de esos planos recae mayor peso y actuar a tiempo.

La causas de escalada que deben tenerse en cuenta para reducir la son:

- actitudes ofensivas, amenazantes, agresivas, humillantes, despreciativas, insultantes, provocativas , o irónicas;

⁶¹ Roque J. Caivano. et. al.. op. cit. p. 122

⁶² Ibidem. p. 123

- Intromisión interesada de otros actores;
- inexistencia de intereses en mantener la relación;
- antecedentes de anteriores conflictos improductivos y negativos entre las partes;
-
- expresiones indirectas de sentimientos negativos, de angustia, temor, frustración, etcétera;
- insatisfacción de necesidades;
- carencia de habilidades necesarias para manejar los conflictos o intransigencia para permitir la asistencia de un tercero neutral capacitado.

Por otro lado, existen actitudes que pueden contribuir a que disminuya la intensidad del diferendo (que descale), Por ejemplo:

- concentrarse en atacar el problema en vez de a la otra parte
- expresar las emociones de angustia, temor, frustración, etc., en forma directa y positiva;
- Si las partes involucradas tuvieran antecedentes de haber cooperado en diferendos anteriores;
- Discutir abiertamente y francamente las necesidades de cada una y,
- En general, adquirir habilidad en el manejo de conflictos o permitir la asistencia de un tercero neutral.⁶³

En conclusión debemos detectar a tiempo los aspectos que influyen en el ascenso del conflicto, a fin de contrarrestarlos con actitudes que tiendan a disminuir la intensidad, propiciando un ambiente que favorezca

⁶³ Ibidem. p.123.

su solución mediante la comunicación evitando a toda costa la manifestación de agresividad que se convierta en un obstáculo para una solución pacífica, tan importante en las relaciones familiares que se debe buscar a toda costa el entendimiento, evitando la influencia de terceros que compliquen aún más el conflicto.

VIII. Actitudes frente al conflicto

“ Las actitudes de las personas protagonistas del conflicto, sus estilos (predisposiciones de los actores), estrategias (intenciones y elecciones predeterminadas) y tácticas (conductas comunicativas) han sido objeto de numerosos estudios en el campo de la psicología. Estos trabajos de investigación determinaron que existe un modelo de comportamiento, basado en cinco patrones:

- transigir, convenir
- suavizar, ceder
- imponer o forzar, confrontar.
- Evitar la acción o retirarse, y
- Solucionar el problema, colaborar. ⁶⁴

Estos comportamientos se manifiestan en un sentido bidireccional, según sean las perspectivas de las partes, toda vez que ante cada situación no siempre se adopta un determinado estilo para actuar, varía la estrategia según las características particulares del conflicto, surgiendo cambios en la actitud dentro de un mismo incidente de acuerdo a como vayan evolucionando o sucediendo los hechos. Es común percibir

⁶⁴ Roque J. Caivo. op. cit. pp. 234 y 135

que los individuos con estrategias o actitudes múltiples, son más flexibles que aquellos que adoptan un solo estilo.⁶⁵

En conclusión toda vez que los individuos somos diferentes, es imposible determinar que modelo de actitud se tomará como reacción al conflicto, pues incluso como se mencionó antes se podrá adoptar varios modelos de actitud dentro de la evolución del mismo, pues no olvidemos que en él, puede haber influencia de terceros que compliquen más el conflicto y de una actitud de ceder o convenir se cambie a la confrontación, pero también puede haber terceros que coadyuven a tener cambios de actitud pasando de una confrontación a una cooperación que propicie una solución pacífica del conflicto, como es el caso de los mediadores en un proceso de mediación que facilitan la comunicación entre las partes a fin de que ellas mismas lleguen a un arreglo que beneficie a ambas.

Es por ello que el derecho se debe preocupar por establecer formas de solución de conflicto que se alejen más de la cultura del litigio, en el que resulta desgastante el proceso para las partes, costoso y prolongado, sino fomentar las formas pacíficas de solución en el que a través de la cooperación satisfagan necesidades recíprocas, en beneficio de ambas.

“Aquel modelo original de cinco estilos fue reclamado y ampliado por nuevos estudios e investigaciones. Se concluyó que los comportamientos individuales en situaciones conflictivas comprenden ocho estilos, si bien éstos podrán subsumirse en los cinco originalmente descrito.

⁶⁵ Ibidem. p. 135

- evasivo
- de distanciamiento
- complaciente
- condescendiente
- asertivo
- agresivo
- comprensivo, y
- concensivo

Esta teoría agrega además una nueva dimensión a la bidireccionalidad señalada: la valencia emocional, referida al modo de cómo los participantes afrontan la situación conflictiva. Si se responde de manera calma y cordial, la valencia emocional será *no disruptiva*. Por el contrario, si responden con enojo y venganza, será *disruptiva*. En general, los comportamientos manifestados por los estilos evasivo, complaciente, asertivo y comprensivo tienen valencia emocional no disruptiva: mientras que los estilos de distanciamiento condescendiente, agresivo y concensivo son descriptivos. Adoptar estilos no disruptivos tienen sus ventajas: se reduce al riesgo de intensificar el conflicto (descalar) y mantiene una relación más fluida que favorece la comunicación. Pero como fuera señalado, escasamente los individuos adoptan actitudes o estilos puros, únicos; por lo general, como el conflicto es una situación en permanente cambio y evolución, los protagonistas - si bien estratégicamente adoptan un estilo inicial – van variando de comportamiento según el desenvolvimiento de las circunstancias particulares.”⁶⁶

⁶⁶ Ibidem. p. 136

CAPITULO SEGUNDO.- Formas de solución de conflictos

Desde que el hombre asume en plenitud su condición de tal, se presentan los problemas relativos a su existencia, subsistencia y convivencia; cuestionándose en los primeros: qué es, de dónde viene y para qué viene, hacia dónde va; los segundos aparejan el necesario manejo de los medios de producción y los últimos aparecen con la idea del conflicto y son resueltos mediante una respuesta que la sociedad, no el individuo crea a través del derecho.⁶⁷

Dahrendorf refiere que: “todas las sociedades producen constantemente en sí mismas antagonismos que no brotan casualmente ni pueden ser arbitrariamente eliminados” lo cual marca la importancia de las tensiones, de los desequilibrios, poniendo acento al igual que Taurine en la necesidad de analizar los conflictos en el ámbito de las sociedades históricas, para poder así comprenderlos.⁶⁸

En el caso de un conflicto social y político puede suprimirse o bloquearse con la fuerza, como en sistemas autoritarios y totalitarios, pero puede volverse a plantear con más intensidad. La supresión es rara como rara es la plena solución, o eliminación de las causas y tensiones; el proceso o el intento más frecuente es el proceder de la reglamentación de los conflictos, que establezcan límites, pretendiendo no poner fin sino reglamentar las formas de modo que su manifestación sea lo menos destructiva posible, con reglas aceptadas por los participantes que si cambian debe haber acuerdo entre ellas.⁶⁹

⁶⁷ Alvarado Belloso, Adolfo. “La Conciliación como Medio para solucionar conflictos de intereses.” Revista Uruguaya de Derecho Procesal número 3. Patrocinada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Montevideo Uruguay. 1986. p. 235.

⁶⁸ Bobbio, Norberto. et. al. op. cit., p. 301.

⁶⁹ Ibidem. p.302

Los cambios de los conflictos aún los positivos producen mejoría o mayor adhesión a los valores de la libertad, la justicia y la igualdad; sin embargo donde los conflictos son suprimidos o desviados, no llegan a producirse y la sociedad se estanca.⁷⁰

El conflicto, como ya antes ha quedado precisado no es bueno ni malo, si puede serlo en cambio, la forma en que puede resolverse, la cual ha variado a lo largo de la historia, como a continuación se expondrá:

I. Autotutela

Es una forma egoísta y primitiva de solución. “En ella, el más fuerte o el más hábil impone por su inteligencia, por su destreza o por su habilidad, la solución al contrario. Por tanto, el litigio se resuelve no en razón de a quien asiste el derecho, sino repetimos, en función de quién es el más fuerte o el más hábil. Es una forma primitiva, muy cercana a la animalidad. En rigor es una forma animal de superar la conflictiva, pues en las sociedades animales, precisamente los conflictos entre ellos, parecen resolverse básica y predominantemente mediante la autotutela.”⁷¹

“Esta se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto, y a veces los dos (como en el caso del duelo, de la guerra), resuelve el mismo por medio de una acción directa y no por la dirigida al Estado. También se caracteriza por la solución parcial y egoísta del litigio, con

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Gómez Lara Cipriano. “Teoría General del Proceso.” 8ª ed. Ed. Harla S.A. de C.V. México. 1990. p. 18

excepción de la legítima defensa de tercero, es decir, una parte impone su solución a la otra, y al hacerlo sacrifica el interés contrario.”⁷²

“El Poder público no interviene en esta época de tutela y restablecimiento del derecho. El sujeto que se considera amenazado u ofendido suele reaccionar violentamente, a fin de desviar la amenaza o vengar la ofensa recibida. La fuerza es el único medio de que cada uno dispone para la salvaguardia de sus intereses. Además, la determinación del carácter jurídico o antijurídico de cualquier proceder, queda por completo al arbitrio de los particulares y la solución de los conflictos se reduce a una cuestión de fuerza...”⁷³

La autotutela o autodefensa consiste en la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno, distinguiéndose por la ausencia de un tercero ajeno a las partes y la imposición por una de ellas a la otra.⁷⁴

Alcalá- Zamora, refiere entre sus características la ausencia de juez distinto de las partes y la imposición de una de las partes a la otra, con la excepción de la legítima defensa del tercero, que es una variante de la legítima defensa en derecho penal, en la que no media proceso (ni como relación jurídica ni como procedimiento) proviniendo la solución de quien no es parte en el litigio, quien careciendo incluso de toda relación con los sujetos del mismo, arriesga su vida al resolverlo, lo que no puede calificarse de egoísta.⁷⁵

⁷² Dorantes Tamayo, Luis. “Elementos de Teoría General del Proceso.” 4º ed. Ed. Porrúa, S.A. México. 1993. p. 232

⁷³ Gacia Máynes, Eduardo. “Introducción al estudio del derecho.” 43ª ed. Ed. Porrúa, S.A. México. 1992. p. 227

⁷⁴ Ovalle Favela, José. “Derecho Procesal Civil.” Quinta ed. Ed. Harla, S.A. de C.V. México, D.F. 1992. p.117

⁷⁵ Alcalá-Zamora y Castillo Niceto. “Proceso, autocomposición y autodefensa, contribución al estudio de los fines del proceso.”. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2000. p. 53

La defensa de tercero cumple una importantísima función social, de reemplazo de los órganos estatales como la policía, en tal sentido representa la forma más intensa de cooperación ciudadana a la lucha contra el crimen.⁷⁶

De lo anterior puede concluirse que es una forma de resolver conflictos; surge en las relaciones sociales primitivas. Una característica consiste en que no interviene tercero en su solución, prevaleciendo el interés del más fuerte por encima del débil, con excepción de la legítima defensa del tercero quien siendo ajeno al conflicto impone la solución.

Esta figura también es llamada **autodefensa, defensa privada, autoayuda, autojusticia o defensa extrajudicial o privada de un derecho**, sin embargo, cuentan con las críticas que a continuación se señalarán.

“Desde el punto de vista epistemológico, **autodefensa** significa defensa de uno mismo, defensa propia. (Prefijo auto: uno mismo, y sustantivo defensa). Tomadas estas palabras en su sentido literal, por una parte dejarían fuera de ellas las manifestaciones que se incluyen en las mismas, y por otra habría que incluir la defensa personal, por sí misma, de alguna de las partes en el proceso. De ahí que no sea aceptable este significado literal de las palabras auto-defensa, pues estas no comprenderían la defensa de un tercero. Ahora bien para que haya defensa se necesita que haya ataque, y éste falta en el estado de necesidad (por ejemplo, en el hurto famélico, en el sacrificio del naufrago), en la persecución de abejas en fundo ajeno. En el caso del duelo, que es considerado como otra forma de autodefensa, las partes

⁷⁶ Ibidem. p. 50

deben estar en pie de igualdad por lo que se refiere a las posibilidades de ataque y defensa.”⁷⁷

La palabra *autodefensa* resulta insuficiente para abarcar sus diferentes formas. “Tampoco es acertada la expresión de **defensa privada**, que algunos procesalistas utilizan, puesto que en ocasiones proviene de órganos estatales. Acaso **autojusticia**, si pensamos en el sentido del derecho justicia ...en la frase “tomarse la justicia por la mano” ... y en la que la homologación de la autodefensa como lícita depende de que haya mediado efectivamente la oportuna causa de justificación, pero al mismo tiempo no se olvide: a) que la citada rúbrica podría referirse también a la autocomposición, y b) que autodefensa y justicia son términos que no siempre concuerdan.”⁷⁸

Alcalá- Zamora refiere que la denominación alemana de “Selbsthilfe” (traducción) de **autoayuda**, que literalmente es ayuda o auxilio propio, no se refiere a la legítima defensa de terceros, sin contar con que el *autoauxilio* no implica necesariamente defensa. *Autotutela* es el nombre más expresivo para designar el fenómeno; sin embargo, no lo adopta porque lo obligaría a cambiar el nombre de su obra, además de que con alcance muy circunscrito, los civilistas hablan de autotutela para denominar la perspectiva de una persona para designar su propio tutor.⁷⁹

Refiere Cipriano Gómez Lara que García Máynes en una reseña a la primera edición de la citada obra de Alcalá-Zamora propuso, para este tipo de fenómenos, la denominación **defensa extrajudicial o privada de**

⁷⁷ Dorantes Tamayo, Luis, op cit. p. 231.

⁷⁸ Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, op. cit. p. 49

⁷⁹ Ibidem, pp. 49 y 50

un derecho, considerando inconveniente lo extenso de la denominación.⁸⁰

Al respecto Alcalá- Zamora y Cipriano Gómez Lara compartiendo el criterio del primero, consideran más apropiado el término *autotutela*; sin embargo, según Dorantes Tamayo “como todas las denominaciones que llevan el prefijo “auto “, no abarca la palabra autotutela, la defensa de terceros.”⁸¹

A nuestro juicio, siguiendo a los autores mencionados, basta con atender las características de la autotutela relativas a la imposición del interés propio por encima de otro, sin intervención de tercero, para inferir que el prefijo “*auto*” se refiere precisamente a esa imposición del interés tutelado o protegido por uno mismo, con excepción de la defensa de tercero, quién sin ser parte en el conflicto lo resuelve, pero aún así continúa cierta imposición.

Cuando el Estado asume la función de solucionar los conflictos a través de normas jurídicas para regular las relaciones entre los individuos, creando anticipadamente derechos y obligaciones; al coaccionar un determinado comportamiento destinado a satisfacer el interés del titular de un derecho subjetivo, por lesionar el interés individual y por consiguiente la ley, significa preferencia por dicho interés, sin que se traduzca en que el gobernado ponga en obra la propia fuerza privada para hacerlo valer.⁸²

⁸⁰ Gómez Lara Cipriano. op. cit. p.18

⁸¹ Dorantes Tamayo, Luis. op cit. p 232.

⁸² Calamandrei, Piero. “Derecho Procesal Civil”. Biblioteca clásicos del derecho. Primera Serie. vol. 2. Ed. Oxford University Press México, S.A. de C.V. México. D.F. 2003. p. 37 .

“Formando la base de los conceptos de jurisdicción y acción se encuentra, en el Estado moderno, la premisa fundamental de la prohibición de la autodefensa: derecho subjetivo significa interés individual protegido por la fuerza del Estado, no derecho a emplear la fuerza privada en defensa del interés individual. La prohibición de la autodefensa, tal como existe en los ordenamientos jurídicos modernos, es el resultado de una larga y trabajosa evolución.”⁸³

En una agrupación primitiva donde no exista, por encima de los individuos, una autoridad superior capaz de decidir y de imponer su decisión, las formas de solución de los conflictos serían acuerdo voluntario entre los dos interesados (contrato), estableciendo amistosamente cuál de los intereses debía prevalecer. Cuando no se llegare al acuerdo, el choque violento entre los dos interesados, ocasiona el empleo de la propia fuerza para constreñir al contrario a abandonar toda pretensión sobre el bien discutido. Esto constituye la negación de todo derecho y de pacífica convivencia social, perjudicando el principio de imparcialidad, pues ninguno puede ser juez “**in re propria**”.⁸⁴

“Es comprensible, por eso, que desde los albores de la civilización, a partir de que, por encima de los individuos, se ha venido afirmando un principio de autoridad, ésta haya intervenido, primero, para disciplinar o para limitar, después, en absoluto, para prohibir, de una manera cada vez más enérgica y absoluta, el uso de la autodefensa hasta llegar al término extremo de la evolución actual en que el ejercicio de la autodefensa esta considerado como un delito... se puede decir que la historia de la

⁸³ Loc. cit.

⁸⁴ Ibidem. p. 38

autodefensa es la historia del Estado y de la misma civilización humana.”⁸⁵

En el antiguo proceso germánico, la coasociación no prohíbe el uso de las armas como forma de resolver los conflictos individuales. Regula la forma de garantizar la lealtad del combate, una pálida sombra del duelo, donde los caballeros consideran lícita la contienda. En otras veces, el Estado no condena el uso de la fuerza privada, pero impone sometimiento al juicio de un tercero imparcial, a fin de establecer quién tiene razón, haciendo lícito el uso de la fuerza.

En otras civilizaciones, se prohíbe para ciertas categorías de relaciones y se convierte gradualmente en una prohibición general, sujeta por primera vez a una excepción, entre las cuales la principal es la legítima defensa: “**vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt**”. Marco Aurelio, por decreto llamado **Decretum Divi Marci** lo consideraba como delito, castigado con la pérdida del derecho. Cuando el acreedor sin acudir al juez intentara por medios violentos hacerse pagar la deuda, y en un rescripto posterior de los emperadores Valentiano, Teodosio y Arcadio extienden el principio a los derechos reales. La prohibición de autodefensa establecida en forma general por el derecho romano, desaparece en el periodo medieval y también en la edad moderna, en que las concepciones de origen germano pusieron en boga por varios siglos el duelo y la venganza.

En las legislaciones modernas con el derecho canónico, la prohibición se retoma en forma general y absoluta.⁸⁶

⁸⁵ Loc. cit.

⁸⁶ Loc. cit.

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prohíbe la autotutela al señalar que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Se le concede el derecho a la justicia por tribunales expeditos para impartirla en los plazos y términos fijados por las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Igualmente se prohíben las costas judiciales.

Así mismo, el artículo 226 del Código Penal Federal, tipifica como delito el ejercicio indebido del propio derecho, que pretende hacer efectivo un derecho, empleando la violencia.

Permitir la autotutela, pondría en peligro el equilibrio social procurado por el Estado a través de las normas jurídicas, al propiciar una cadena interminable de justicia por propia mano, prevaleciendo un ambiente de inseguridad jurídica para los gobernados.

No obstante lo anterior, el Estado permite excepcionalmente la autotutela, como en los siguientes ejemplos:

a) En el derecho penal común, en el caso del **aborto**, el Código Penal para el Distrito Federal, establece en los artículos 148 y 150, la ausencia de sanción. Cuando el embarazo resulte de una violación o de una inseminación artificial sin el consentimiento de la mujer mayor de 18 años o con el consentimiento de una menor o incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo. Lo mismo si la mujer embarazada corre peligro de afectación grave a su salud, a juicio de un médico.

Sirven de ejemplo las causas de exclusión del delito previstas en el artículo 29 fracción IV, V y VI del ordenamiento penal antes citado, relativas a la **legítima defensa**, cuando se repele una agresión real actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos. En este caso, debe mediar la necesidad de la defensa, sin que exista provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o su defensor. En el **estado de necesidad** debe estar presente un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no se evite por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo. El **cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho**, cuando en la acción u omisión realizada, exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo.⁸⁷

b) En el derecho civil, en caso de persecución de un enjambre de abejas, el corte de ramas y raíces que penetran en una heredad, jardines o patios vecinos. La caza de animales ajenos que causen daño en el fundo propio. El derecho de retención de muebles hasta obtener su pago; la retención de equipajes hasta obtener pago de adeudo por hospedaje y la facultad de corregir en el ejercicio de la patria potestad, son ejemplos de autotutela, previstos en los artículos 872, 848, 868, 2644, 2669 y 423 respectivamente en el Código Civil para el Distrito Federal.⁸⁸

c) En el derecho del trabajo cuando el obrero ejercita su derecho de huelga, reconocido en el artículo 123, Apartado A, fracción XVII y el Apartado B, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un medio de presión o coacción sobre la contraparte para

⁸⁷ Alcalá-Zamora y Castillo Niceto. op. cit. p.37.

⁸⁸ Dorantes Tamayo. Luis. op cit. p 233

lograr el prevalecimiento de los propios intereses. Por otra parte establece a favor de los patrones el derecho de hacer paros cuando el exceso de producción haga necesario suspender el trabajo para mantener los precios en un límite costeable, previa aprobación de la Junta de Conciliación y Arbitraje en términos del artículo 123, Apartado A, fracción XIX de Nuestra Carta Magna.⁸⁹

d) Se puede expresar como el ejercicio de una potestad de uno de los sujetos en litigio como en la potestad sancionadora de la administración pública, que permite imponer sanciones administrativas a los servidores públicos, consistentes en apercibimiento, amonestación, suspensión, sanción económica, inhabilitación temporal.⁹⁰ En caso de incurrir en las faltas previstas en las leyes orgánicas de cada dependencia, en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 13 de marzo del 2002, la cual en el artículo segundo transitorio deja vigente la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos para los servidores públicos del Poder Judicial del Distrito Federal.

e) Así mismo, Alcalá-Zamora a nivel internacional refiere el artículo 51 de la Carta suscrita el 26 de junio de 1945 en San Francisco por las Naciones “más o menos” Unidas, prevé la legítima defensa internacional, como antecedentes en el Protocolo de Ginebra de 1924, en el Tratado de Locarno de 1925 y en el Pacto de Briand-Kellogg de 1928.⁹¹

“El mundo de las relaciones internacionales ofrece también abundantemente muestrario autodefensivo, por lo mismo que su conversión

⁸⁹ Ovalle Fabela, José. op. cit. p 14

⁹⁰ Ibidem. p. 13

⁹¹ Dorantes Tamayo, Luis. op cit. p. 232

en genuino derecho es una aspiración sujeta a gravísimas crisis y colapsos: desde la guerra, como su expresión más trágica, a la intervención descarada o solapada de las grandes potencias en los asuntos de los débiles, pasando por las ocupaciones, las retorsiones y los tránsitos, o el juzgamiento de enemigos por tribunales de adversarios, todo ello son soluciones autodefensitas de otros tantos conflictos que, en principio, pudieran y debieran substanciarse por la vía autocompositiva o por la procesal, ante comisiones de conciliación, arreglo judicial y arbitraje o ante tribunales de justicia internacional, como desde 1922 a 1940 funcionó en la Haya a consecuencia del pacto de la Sociedad de Naciones o como el previsto por los artículos 92-6 de la Carta suscrita el 26 de junio de 1945 en San Francisco por las *naciones más o menos Unidas.*”(sic)⁹²

II. Autocomposición

“La autocomposición surge indudablemente de la evolución humana porque hay en ella un alejamiento del primitivismo y de la animalidad. En la autocomposición al encontrar las propias partes en conflicto la solución de éste, ya sea a través del pacto, de la renuncia o del reconocimiento de las pretensiones de la parte contraria, resulta que aquellas ya están en una forma altruista, más humanizada de solución de esos conflictos.”⁹³

“La autocomposición es en cada una de sus formas, expresión del poder reconocido a la voluntad de los de interesados para la tutela de sus intereses. El hecho de que el litigio puede ser compuesto por las propias

⁹² Ibidem. pp. 44 y 45.

⁹³ Gómez Lara, Cipriano. op cit. p. 18

partes sin intervención del juez, significa que la ley se remite a la voluntad de ellas en lo que concierne a la tutela de los intereses recíprocos.⁹⁴

Carnelutti, indica que la autocomposición es un género dentro del cual se reconocen varias especies; dos unilaterales o derivadas de un acto simple, y una bilateral derivada de un acto complejo, para hablar así de: a) *La renuncia*; b) *el reconocimiento* y c) *la transacción*. Las dos primeras serían las unilaterales, y la última, bilateral.⁹⁵

“La renuncia es el abandono de la pretensión; el reconocimiento (de la pretensión), es el abandono de la discusión. A diferencia de la renuncia y el reconocimiento la transacción, es ante todo un acuerdo, es decir un negocio complejo. El hecho de que sea además, un contrato, un negocio complejo bilateral, deriva de la posición en que se encuentran los dos agentes, puesto que los intereses que les determinan a obrar se hallan en el conflicto.”⁹⁶

“Ahora bien tanto la renuncia como el reconocimiento, ya sea de derechos o de pretensiones, constituyen indudablemente formas autocompositivas de los conflictos de intereses, pero que no necesariamente se dan en el campo de lo procesal, sino que pueden aparecer antes, después o independientemente del proceso. En términos generales, del desistimiento puede decirse que es una renuncia que se da en el seno del mismo proceso; y del allanamiento, que es un reconocimiento que se da en el campo del proceso. En cuanto a la

⁹⁴ Carnelutti, Francesco. op. cit. p. 24

⁹⁵ Gómez Lara, Cipriano. op cit. p. 26

⁹⁶ Carnelutti, Francesco. op. cit., p. 25 y 26.

Transacción ésta puede ocurrir, como adelante lo veremos, dentro o fuera del proceso o antes de que éste se inicie o una vez ya iniciado.⁹⁷

“La autocomposición desde afuera, aparece como una expresión altruista de renuncia a un derecho o el reconocimiento de una obligación. Pero mirada desde adentro, los móviles pueden ser variables, e inclusive puede faltar la espontaneidad que debe ser requisito de toda forma autocompositiva: La desigualdad de resistencia económica de los litigantes, la lentitud y carestía del procedimiento, las malas artes o influencias de una de las partes o de su patrocinador, la desacertada conducción del pleito, etcétera, conducen a autocomposiciones que son más bien rendiciones, en el que la decisión altruista es provocada por la más o menos solapada imposición egoísta del contrario, ocultando verdaderos actos de autotutela y el reconocimiento de que al adversario asiste la razón se sustituye por el reconocimiento de que al renunciante le falta resistencia, aunque sobren argumentos para proseguir la contienda, con la convicción de no tener la razón en todo o en parte.”⁹⁸

Si bien es cierto lo señalado por Alcalá- Zamora en el sentido de que algunas formas de autocomposición en el fondo tienen aspectos de autotutela, también lo es que predomina la voluntad de las partes como precisó Carnelutti, considerando por ello que ésta es la característica esencial de la autocomposición, como se podrá observar del análisis de las formas de autocomposición:

⁹⁷ Gómez Lara, Cipriano. op cit. p. 26

⁹⁸ Dorantes Tamayo, Luis. op cit. p. 237

A. Desistimiento: La palabra desistimiento da idea de abdicación, apartamiento, renuncia. La última de las acepciones mencionadas es la que tiene mayor pertinencia al derecho.⁹⁹

Para Becerra Bautista, este instrumento consiste en el abandono de la pretensión litigiosa del atacante, y en caso de haberse iniciado la actividad del órgano jurisdiccional, en la abdicación de la pretensión formulada por el actor en contra del demandado haciendo que de esta manera el curso del juicio se extinga.¹⁰⁰

“Por tal debe entenderse la renuncia a la pretensión litigiosa deducida por la parte atacante, y, en caso de haber promovido ya el proceso, la renuncia a la pretensión formulada por el actor en su demanda o por el demandado en su reconvención.”¹⁰¹

Se distingue en desistimiento de:

a) De la demanda.- Se retira el escrito antes de ser notificada al demandado, aquí la relación procesal no ha surgido.

b) De la instancia.- Implica que el demandado haya sido llamado a juicio y se requiere su consentimiento; sólo se renuncia a los actos procedimentales, dejando a salvo la acción intentada.

c) De la acción.- Renuncia a un derecho o pretensión, provocando su extinción.

⁹⁹ Fomaciari, Mario Alberto. “Análisis teórico práctico del derecho procesal civil. Modos anormales de terminación del Proceso.” Tomo I. Desistimiento del Proceso, desistimiento del derecho, allanamiento. Ed. Delma. Buenos Aires, República de Argentina. 1991. p. 5

¹⁰⁰ Becerra Bautista, José. “El Proceso Civil en México”, Ed. Porrúa S.A., México. 1992. p. 415

¹⁰¹ Alcalá- Zamora y Castillo Niceto. op cit. p 83.

De las anteriores figuras, la única autocompositiva, es el desistimiento de la acción, porque en ella se renuncia a la pretensión o derecho, con lo que se está solucionando el litigio al no haber ya pretensión. Las otras dos formas de desistimiento, no son en rigor autocompositivas, porque en el desistimiento de la demanda, el demandado no ha sido aún llamado a juicio; por tanto, el autor puede volver a interponerla, toda vez que el derecho de fondo no se perjudicó. En el caso de desistimiento de la instancia, sólo se renuncia a actos procesales, sin afectar sus derechos, los cuales quedan incólumes, intocados y listos para replantearse también en un posterior proceso.

Finalmente, en cuanto al desistimiento de la acción no tiene efectos jurídicos vinculatorios en el caso de los llamados derechos irrenunciables, protegidos y la norma permite efectos jurídicos a la renuncia hecha, por merecer una tutela o protección especial y que afecta el orden o el interés público, como en el caso de derechos alimentarios, o bien, derechos sociales, regulados por el derecho del trabajo o por el derecho de la seguridad social.¹⁰²

Según Chiovenda “La renuncia de a los actos del juicio es la declaración de voluntad de poner fin a la relación procesal sin una sentencia de fondo.”¹⁰³

De lo anterior podemos señalar que el desistimiento de la acción es renuncia a un derecho sustantivo, mientras que el desistimiento de la acción e instancia, afectan únicamente la relación procesal que al no resolver sobre el derecho, queda intocado, pudiendo volverse a ejercitar,

¹⁰² Gómez Lara, Cipriano. op cit. pp 27 y 28

¹⁰³ Fornaciari, Mario Alberto. Tomo I, Desistimiento del Proceso, desistimiento del derecho, allanamiento. op. cit. p. 4

pero existe en las tres figuras la manifestación voluntaria tendiente a poner fin al proceso.

Los derechos familiares, por ser de interés público, no son susceptibles de renuncia. Respecto a alimentos, el artículo 321 del Código Civil para el Distrito Federal, prescribe que el derecho a recibirlos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción.

Señala Ovalle Fabela que el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, distingue con algunas confusiones terminológicas, dos tipos de desistimiento: a) *de la acción* que extingue ésta sin el consentimiento del demandado b) *de la demanda y de la instancia*, al señalar que el desistimiento generado antes de emplazar al demandado no requiere el consentimiento de dicha parte, para que tenga eficacia jurídica (desistimiento de la demanda) sí se exige el consentimiento de éste para que pueda surtir sus efectos (el desistimiento es de la instancia no sólo de la demanda).¹⁰⁴

El desistimiento de la acción tiene su principal campo en el derecho civil. Sin embargo, tiene manifestaciones en el proceso penal, con el **perdón del ofendido**.¹⁰⁵ La regla general consiste en perseguir de oficio los delitos de querrela, en que se advierte una tendencia a someter a los ilícitos patrimoniales, como el fraude, abuso de confianza, daño en propiedad ajena, etcétera, donde el ofendido conserva un poder dispositivo sobre el proceso penal, pues su perdón extingue la pretensión punitiva.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Ovalle, Fabela, José. op. cit. p. 17

¹⁰⁵ Alcalá-Zamora, op. cit. p. 84

¹⁰⁶ Ovalle Fabela, José. op. cit. p. 21

Alcalá-Zamora ubica el perdón del ofendido como una forma desistimiento de la acción en materia penal. Ovalle Fabela como otra forma más de la autocomposición; nosotros consideramos que es una forma de desistimiento de la acción, pues como el mismo Ovalle Fabela señala se extingue la pretensión punitiva, luego entonces no podrá volverse a ejercitar querrela por el mismo delito, derivado de los mismos hechos.

B. Allanamiento: “En un sentido etimológico, allanarse viene de “llano”, es decir, plano. Allanarse es ponerse plano, no ofrecer resistencia, someterse pues a las pretensiones del contrario.”¹⁰⁷

“Podemos definirlo como el reconocimiento y sumisión de la parte atacada a la pretensión litigiosa contra ella dirigida.”¹⁰⁸

El allanamiento y la confesión son figuras distintas. Esta última implica el reconocimiento de hechos propios del declarante; en el allanamiento, al someterse a las pretensiones, puede suceder que aún negando los hechos para evitar el litigio se allane a las pretensiones del contrario, sin que necesariamente este reconociendo la procedencia legal de la acción intentada.¹⁰⁹

El allanamiento es un acto de disposición, referido a derechos que puede renunciar el demandado, ya que como el desistimiento no esta permitida por el Estado para solucionar conflictos, relacionados con

¹⁰⁷ Ibidem. p. 28

¹⁰⁸ Alcalá- Zamora y Niceto Castillo. op cit. p. 85

¹⁰⁹ Gómez Lara, Cipriano. op. cit. p. 28

derechos de protección especial, que afectan el orden o el interés público, el juzgador no aprobará el allanamiento.¹¹⁰

El artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, prevé que se citará a sentencia, previa ratificación del escrito de allanamiento correspondiente, ante el juez de los autos. Si se trata de divorcio, aplica numeral 271 del mismo ordenamiento, cuyo texto dice: “Se presumirán confesados los hechos de la demanda que se deje de contestar. Sin embargo, se tendrá por contestada en sentido negativo cuando se trate de asuntos concernientes a relaciones familiares, estado civil de las personas y en los casos en el que emplazamiento se hubiere sido hecho por edictos”.

C. Transacción: Es una forma autocompositiva bilateral. Las partes mediante pacto o acuerdo de voluntades, encuentran solución a la controversia, antes o después del juicio.¹¹¹

“Etimológicamente, la voz transacción proviene del verbo latino “*transigere*,” pasar a través, transigir. En su sustantivación deviene de *transactio*, *transactionis*, equivalente a trato o acuerdo.”¹¹²

Desde el punto de vista semántico, transacción es acción y/o efecto de transigir y, por extensión, trato, negocio, pacto.¹¹³

¹¹⁰ Ibidem. p. 29.

¹¹¹ Gómez Lara. Cipriano. op. cit. p. 29

¹¹² Fornaciari, Mario Alberto. “Análisis teórico práctico del derecho procesal civil. Modos anormales de terminación del Proceso.” Tomo II. Transacción. Conciliación. Reconciliación. Confusión. Compromiso Arbitral. Ed. Depalma. Buenos Aires, República de Argentina. 1991. p. 1

¹¹³ Loc. cit.

Guillermo Cabanelas define a la transacción como “la concesión que se hace al adversario, a fin de concluir una disputa, causa o conflicto, aún estando cierto de la razón o justicia propia.”¹¹⁴

Es así que, en su acepción vulgar, el vocablo transacción se emplea para designar cualquier convenio o pacto celebrado entre dos o más personas.¹¹⁵

Según Carnelutti “la transacción, es ante todo un *acuerdo*, es decir, un negocio *complejo*. El hecho de que sea, además, un *contrato*, un negocio complejo *bilateral*, deriva de la posición en que se encuentran dos agentes, puesto que los intereses que les determinan a obrar se hallan en *conflicto*. La transacción no es sólo un contrato, sino un contrato *bilateral*, mediante el que cada uno de los contratantes dispone de la propia situación jurídica.”¹¹⁶

Un sector de la doctrina concibe la transacción como una convención liberatoria, un acto jurídico meramente extintivo de obligaciones, desde que el efecto propio del contrato es generarlas no aniquilarlas. Tal criterio limita lo conceptual o funcional de la figura que nos ocupa, pues si bien es cierto extingue obligaciones litigiosas, nada impide que gracias al acuerdo celebrado, surjan otras nuevas. Concurrirán entonces de un modo sucesivo extinción y creación de derechos y obligaciones. La transacción utilizada en el ámbito del proceso, constituye una resolución judicial homologatoria, la generación

¹¹⁴ Loc. cit.

¹¹⁵ Loc. cit.

¹¹⁶ Carnelutti, Francesco. op. cit. p. 26

de un título ejecutorio, cuyo cumplimiento puede exigirse, de tal manera que la extinción es uno de sus objetivos posibles, pero no el único.¹¹⁷

La transacción puede abarcar no únicamente las pretensiones contrapuestas de una contienda, sino que puede ir más allá y crear nexos que modifiquen o extingan relaciones jurídicas preexistentes, y más aún crear algunos totalmente nuevos y ajenos al conflicto; por ello, la transacción no tiene efectos solamente declarativos, sino constitutivos de derechos.¹¹⁸

“En ese orden de ideas, podemos concluir que la transacción es un contrato, que si bien puede extinguir obligaciones, tendrá por finalidad principal dirimir controversias. Así la finalidad extintiva querida por los otorgantes de la transacción, esta referida a una particular situación conflictiva a la que pondrán fin extinguiendo obligaciones ya sea por modificación de las existentes o por creación de otras nuevas.”¹¹⁹

La transacción como causa extintiva de las obligaciones, es un convenio y no un contrato, porque su objeto directo es extinguir obligaciones; y por ello corresponde al convenio en sentido estricto según los artículos 1792 y 1793 del Código Civil para el Distrito Federal. Sin embargo, como elemento para terminar una controversia o prevenir una futura, evidencia la creación o transmisión de obligaciones, caso en que

¹¹⁷ Fornaciari, Mario Alberto. “Análisis teórico práctico del derecho procesal civil. Modos anormales de terminación del Proceso.” Tomo II, Transacción. Conciliación. Reconciliación. Confusión. Compromiso Arbitral. p. 5.

¹¹⁸ Sánchez Meda, Ramón. “De los Contratos Civiles.” 12ª ed. Ed. Porrúa, S.A. de C.V. México, D.F. 1994. p. 499.

¹¹⁹ Fornaciari, Mario Alberto. “Análisis teórico práctico del derecho procesal civil. Modos anormales de terminación del Proceso.” Tomo II, Transacción. Conciliación. Reconciliación. Confusión. Compromiso Arbitral. op. cit. p. 5.

la transacción es un contrato en términos del artículo 2944 del ordenamiento en cita, que la conceptúa como un contrato.¹²⁰

En efecto, del artículo 2944 del Código Civil para el Distrito Federal, se puede apreciar que el objetivo principal de la transacción, es terminar una controversia o prevenir una futura, mediante recíprocas concesiones; por lo que depende de la manifestación de la voluntad para extinguir obligaciones, pero también pueden modificarlas o crearlas, como en el caso del divorcio, cuyo objetivo principal es disolver el vínculo matrimonial, sin que ello conlleve a extinguir obligaciones como las alimenticias de los menores, por lo cual las partes únicamente pueden transigir sobre las cantidades debidas por alimentos, como refiere el artículo 2951 del ordenamiento en cita, pero no puede ser objeto de transacción, ni ser renunciables de acuerdo con los numerales 321 y 1372 de la ley multicitada, pues se trata de un derecho que no es de libre disposición y pacto, pero si pueden pactar sobre guarda y custodia, sobre los bienes, entre otras cosas, haciéndose mutuas concesiones para solucionar su conflicto.

No puede limitarse la transacción a extinguir obligaciones, pues en conflictos familiares donde las relaciones persisten, indudablemente se acuerda la forma en como se cumplirán éstas, de acuerdo a la voluntad de las partes, conforme les resulte la mejor forma de cumplirlas haciéndose mutuas concesiones.

Cabe señalar, que la transacción por regla general no opera en asuntos en materia familiar, sin embargo, cuando surgen conflictos las

¹²⁰ Martínez Alfaro, Joaquín. "Teoría de las obligaciones," 5ª ed. Ed. Porrúa, S.A. de C.V. México, Distrito Federal. 1998. pp. 442 y 443.

partes pueden pactar para terminarlos, limitándose a las hipótesis en que específicamente faculta la ley a realizar la transacción, pues basta señalar que en el caso de alimentos, el artículo 2050, fracción V, del Código Civil, prescribe que será nula la transacción que verse sobre el derecho a recibir alimentos, excepto como antes quedó precisado en términos del artículo 2951 del Código Civil, sólo puede haber transacción, en alimentos por cantidades debidas.

“Existe pues en la mente del legislador una diferencia en la mecánica de la renuncia o transacción. Si ésta se contrae hacia alimentos ya devengados, podrá operar un pacto de renuncia total o parcial hacia ellas. Sin embargo, nunca operará hacia el futuro, esto es, no es válida la transacción o renuncia sobre alimentos futuros.”¹²¹

Así también, el artículo 2948 del Código Civil para el Distrito Federal, prohíbe transigir sobre el estado civil de las personas y sobre la validez del matrimonio. Asimismo, en términos del citado artículo 2950, fracciones III y IV de la misma ley, establece que será nula la transacción sobre sucesión futura y sobre una herencia, antes vista del testamento, si lo hay.

Lo anterior, tiene plena justificación, toda vez que el derecho familiar es de orden público, lo que opina Antonio Cicu, que éste debe entenderse *“como un interés general que viene a limitar la libertad individual; encontrando que en esta materia el interés superior siempre existe.”*¹²²

¹²¹ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *“Instituciones de derecho civil.”* Tomo III. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S.A. México. Distrito Federal. 1988. p. 82.

¹²² *Ibidem.* p 23

Antonio Cicu, niega tanto que en el derecho de familia pueda funcionar la voluntad como elemento básico generador de derechos y obligaciones, como la naturaleza contractual del matrimonio al que atribuye ser un acto de poder estatal; así como que en el esponsal exista también un contrato o que éste imprima sus características a la separación consensual de los esposos o en su caso a la reconciliación que ellos pacten. Niega que exista un contrato de adopción, así como que el reconocimiento de un hijo constituya un negocio privado, sino que el lo califica como un acto de poder familiar.¹²³

Los anteriores argumentos los concluye Antonio Cicu, "... aseverando que los negocios del derecho familiar constituyen actos de poder estatal o actos de los poderes familiares, entrañando en ello un sentido absolutamente diverso de aquel que tiene el Derecho Privado, y análogo, en cambio, a aquél que el mismo tiene en el derecho Público. En el Derecho Público, advierte que el negocio jurídico es en efecto, acto de poder, del que excluye la manifestación de voluntad libre dirigida al ciudadano de un interés individual. Pero el contrario, en el Derecho Privado *"vale como principio el que toda manifestación dirigida a un propósito práctico se reconoce como eficaz para producir los efectos jurídicos que actúan y garantizan aquel propósito."* En cambio, *"en el Derecho de Familia vale el principio inverso "la voluntad individual como principio, no es capaz de producir efectos jurídicos; lo es solamente en cuanto este poder le sea reconocido en determinados casos."* De ahí, señala Cicu, que la voluntad privada no es eficaz para constituir, modificar o disolver vínculos jurídicos familiares como sucede estrictamente en el Derecho Privado; recomendando valorar el factor voluntad individual en

¹²³ Ibidem. p. 24

el derecho de Familia, con diversos criterios de cómo se hace en el Derecho Privado.”¹²⁴

Así, el propio artículo 2961 del Código Civil para el Distrito Federal, con la transacción no se transmiten, sino se declaran o reconocen los derechos que son objeto de las diferencias sobre los que recae, por lo que en derecho familiar, al facultar el estado a través de la ley a transigir, con ciertas limitaciones como antes se analizó, es para solucionar o prevenir conflictos sobre derechos ya existentes, como acto de poder familiar, siguiendo a Antonio Cicu. Lo anterior, destacando como antes quedó precisado, que al momento de pactar sobre la forma de solución, si bien es cierto, pueden modificarse o crearse nuevos derechos, sin embargo, en realidad son derechos derivados de los originalmente existentes, que fueron los que provocaron el conflicto, como en el caso del pacto sobre la forma de cumplir con alimentos, si las partes en el convenio de divorcio acuerdan que se abrirá una cuenta bancaria, para su depósito, pagar una escuela particular, pagar clases de alguna escuela de arte, entre otras cosas, estarán surgiendo para los menores esos derechos, los cuales derivan del derecho de recibir alimentos, o puede que sea voluntad de las partes modificar el convenio, para cambiar el régimen de visitas, que se haya fijado una escuela en particular para que realicen sus estudios y posteriormente se tenga que acudir a otra, en fin en esto, las partes pueden pactar las modificaciones que sean necesarias para cumplir cabalmente con sus obligaciones.

De lo anterior, podemos concluir que en derecho familiar la transacción no se puede pactar para adquirir derechos sustantivos, sino que con los ya adquiridos en caso de surgir un conflicto, se faculta para

¹²⁴ Loc. cit.

que a través de la voluntad de las partes resuelvan o prevengan un conflicto, e incluso, señalar que en caso de incumplimiento se puede pactar una forma de solución de conflicto, por ejemplo, puedo pactar la competencia algún tribunal para que conozca del asunto en caso de incumplimiento, o que se resuelva a través de otras formas de solución de conflictos como la conciliación o mediación, por lo que adjetivamente si se puede transigir.

Como se puede advertir la transacción es una forma de solución de conflictos más cooperativa de las partes, en la que de ellas depende decidir la forma de solución o prevención haciéndose mutuas concesiones.

“Supone sacrificios o concesiones recíprocas. No se puede hablar de transacción cuando una sola de las partes hace concesiones a la otra, y ésta a aquélla no. Pero reciprocidad no quiere decir igualdad en los sacrificios.”¹²⁵

Ovalle Fabela, cuando define la transacción como medio autocompositivo bilateral, debido a que a través de ella las dos partes solucionan el litigio, renunciando parcialmente a su respectiva pretensión y resistencia, precisa que desde el punto de vista de la justicia de la solución, la transacción debe implicar una renuncia o concesión equilibrada y razonable de cada parte.¹²⁶

Debe existir el sacrificio recíproco, que es el que explica su naturaleza de contrato bilateral. El mecanismo económico de la

¹²⁵ Dorantes Tamayo, Luis. op cit. p. 239

¹²⁶ Ovalle Fabela, José. op. cit. p. 24.

transacción esta basado en la equivalencia entre el beneficio menor, o sacrificio cierto, y el beneficio mayor, o sacrificio incierto. Hay equivalencia entre la transacción y la sentencia ejecutoria. El mandato pronunciado por los contratantes, tiene en principio, el mismo valor que el mandato pronunciado por un Juez, por ello tiene el carácter de dispositivo o declarativo según el carácter del litigio que compone, es decir, su carácter no es otro que aquel que del litigio derivaría al proceso.¹²⁷

Las partes, al otorgar el convenio o transacción deben tener capacidad para terminar o prevenir la controversia materia de la transacción, pues si las recíprocas concesiones para la terminación o prevención constituyen actos de dominio se necesita, tanto la capacidad general para contratar, como especial para enajenar, además de que en algunos casos requiere de la autoridad judicial; así como que los derechos sobre los que va a transigir deben ser renunciables.¹²⁸

La transacción es un elemento constitutivo del acuerdo de mediación, que es el objetivo buscado precisamente a través de los procedimientos propios de la misma, para resolver el conflicto, los cuales se analizarán posteriormente.

En virtud del acuerdo de voluntades entre las partes se puede terminar una controversia o evitar una futura, considerándose por ello como figura autocompositiva, pues las partes pueden llegar por sí mismas o con ayuda de un tercero como en el caso de la mediación, a resolver un conflicto o a prevenir uno futuro, si es antes del proceso es un substituto jurisdiccional y en el proceso, como un medio para extinguir el juicio.

¹²⁷ Martínez Alfaro Joaquín. op. cit. pp. 442 y 443

¹²⁸ Loc. cit.

Al igual que el desistimiento y el allanamiento la limitante de los asuntos sobre los que puede haber transacción son aquellos derechos que merecen tutela o protección especial y que afectan el orden o el interés público, por ejemplo se reitera la renuncia a recibir alimentos, conforme al artículo 321 y 1372 en relación con el artículo 2059 fracción V, del Código Civil para el Distrito Federal.

Conforme a los artículos 2948 del Código Civil para el Distrito Federal, no pueden ser objeto de la misma el estado civil de las personas, la validez del matrimonio, y en términos del artículo 2950 del mismo ordenamiento será nula la transacción que verse: sobre delito, dolo o culpa, sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros, sobre sucesión futura, sobre una herencia, antes de visto el testamento, si lo hay, y sobre el derecho a recibir alimentos.

Alcalá- Zamora refiere que la transacción sólo es posible hoy en día en materia civil, y previa autorización en contiendas administrativas; sin embargo, es de resaltar que la transacción es el acuerdo al que llegan las partes al final de la mediación, como veremos más adelante, la mediación se aplica a diferentes conflictos, como el penal, con ciertas limitantes como en la reparación del daño o el caso de menores infractores, a nivel empresarial, escolar, familiar, entre otros.

Así en materia familiar, resulta más beneficioso para ambas partes el resolver un conflicto suscitado a través de la transacción, pues en el caso de los conflictos familiares, por los lazos y sentimientos que existen entre sus miembros, el resolverlo en un juicio, puede crear o acrecentar más sentimientos encontrados, perjudicando aún más las relaciones entre sus

miembros, en cambio, a través de la transacción al tener que haber recíprocas concesiones, despierta las facultades negociadoras en beneficio de las relaciones familiares, dentro de un ambiente de cooperación, provocando un espíritu ganador para las partes y no un perdedor- ganador, a través de una contienda, en el que incluso el ganador no obtenga todo lo solicitado y sea con mayores costos, tiempo, y desgaste emocional.

Las obligaciones que extingue pueden ser:

- a) Una obligación materia de una controversia de la que conoce la autoridad judicial, que resolverá aplicando normas sustantivas y adjetivas;
- b) Una obligación que todavía no es sometida al conocimiento de las autoridades, aplicándose por consecuencia normas sustantivas.¹²⁹

Lo anterior, sin limitarnos a la sola extinción de obligaciones, sino como antes se precisó enfocando más la figura de la transacción a la solución de controversias, con la precisión de que puede llevarse a cabo antes o después del juicio, reiterando que si es antes del proceso es un sustituto jurisdiccional y en el proceso un modo de extinción del juicio.

Los efectos, según el artículo 2953 del Código Civil para el Distrito Federal, respecto de las partes tienen la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada. El legislador al dar la eficacia de cosa juzgada le esta

¹²⁹ Ibidem. p. 443

dando el alcance que tiene cualquier contrato, en el que las partes se obligan a lo expresamente pactado.

La Primera Sala de Suprema Corte de Justicia de la Nación recientemente por contradicción señaló que la transacción tiene calidad de cosa juzgada y es procedente su ejecución en vía de apremio, en la Jurisprudencia 1a./J. 41/2000, publicada a página 55, del Tomo XIII, febrero de 2001; en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, bajo el rubro:

TRANSACCIÓN, CONTRATO DE. TIENE CALIDAD DE COSA JUZGADA Y ES PROCEDENTE SU EJECUCIÓN EN LA VÍA DE APREMIO.

El artículo 2944 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que por transacción debe entenderse el contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura; por su parte, el diverso artículo 2953 del referido Código Civil previene que la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada. Ahora bien, al ser esencial que este tipo de contrato sea bilateral, como consecuencia necesaria de la reciprocidad de concesiones que se hacen las partes, lo que supone la existencia o incertidumbre de un derecho dudoso, de un derecho discutido o susceptible de serlo, y que origine obligaciones de dar, hacer o no hacer que correlativamente se imponen los contratantes, pues precisamente su objeto es el de realizar un fin de comprobación jurídica, esto es, de establecer la certeza en el alcance, naturaleza, cuantía, validez y exigibilidad de derechos, cuando se celebra, las personas que en dicho contrato intervienen están obligadas a lo expresamente pactado. Es por lo anterior que lo establecido en los artículos 500 y 533 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, cuando previenen, el primero, que la vía de apremio procede a instancia de parte cuando se trate de la ejecución de una sentencia y, el segundo, que todo lo dispuesto en relación con la sentencia comprende los convenios judiciales y las transacciones, las cuales deberán ser de aquellas que ponen fin a una controversia presente o previenen una futura, controversia que forzosa y

necesariamente debe existir, es aplicable al contrato de transacción, pues reúne las condiciones apuntadas, y ante ello es claro que puede exigirse su cumplimiento en la vía de apremio.

Contradicción de tesis 79/98. Entre las sustentadas por el Segundo y Quinto Tribunales Colegiados, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 22 de noviembre de 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

Tesis de jurisprudencia 41/2000. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintinueve de noviembre de dos mil, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Finalmente, conforme al artículo 2962 del Código Civil en cita, sus cláusulas son indivisibles a menos que otra cosa dispongan las partes, por regla general cada uno de los recíprocos sacrificios no producen efectos propios e independientes, excepto que las partes dispongan otra cosa.

D. Negociación:

Marcos Yáñez describe a la negociación como “el acercamiento de dos opuestos, hacia una posición mutuamente aceptable.”¹³⁰

Othón Pérez Fernández del Castillo, define a la negociación como un proceso autocompositivo, con la característica de que son las propias

¹³⁰ Loc. cit.

partes quienes entran en el proceso de negociación, sin algún tercero que asista a las partes.¹³¹

El hecho de que las partes comparezcan con sus asesores jurídicos, no los convierte en conciliadores ni mediadores, sino son personas que asisten al negociador frente a su contrincante.¹³²

Para Beatriz Martínez Munguía, la negociación “consiste en la reunión de las partes, solas o con la asistencia de sus abogados, sin la participación de un tercero, para buscar resolver por sí mismas el o los asuntos que suscitaron el conflicto, dialogando e intentando convencer y persuadir a la otra parte para llegar a un acuerdo.”¹³³

Los abogados son simples asesores, no son terceros que resuelvan el conflicto, pues las partes conservan el poder de decisión, y como tales, las partes no deben dejarse influenciar en su decisión; solamente deberán asesorarse respecto a los acuerdos por asumir, pues en muchas ocasiones los asesores impiden las negociaciones, toda vez que están acostumbrados a litigar, no a resolver conflictos de forma colaborativa con ventajas para ambas partes. En un divorcio, en la disolución de la sociedad conyugal, las partes estarán en aptitud de negociar de acuerdo a sus necesidades e intereses y el abogado es simplemente su asesor y no convertirse en un obstáculo, verbigracia, para la distribución de bienes.

¹³¹ Pérez Fernández del Castillo, Othón, et. al. op. cit. p. 13

¹³² Pérez Fernández del Castillo, Othón, et. al. Loc. cit.

¹³³ Martínez Munguía, Beatriz. “Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria. Ed. Paidós. México, D.F. 1999. p. 45.

Rubén Alberto Calcaterra, la define como el “proceso de comunicación directo o indirecto entre las partes, según la existencia o no de representantes, es decir, si aquellas negocian cara a cara o a través de otras personas debidamente apoderadas por ellas.”¹³⁴

En la mayoría de los casos la negociación es informal; sin embargo, en los ámbitos internacionales, laborales, comerciales, conflictos armados, deben participar negociadores entrenados y experimentados, dentro del proceso altamente organizado y con procedimientos e infraestructura previamente acordados por los interesados.¹³⁵

Estos últimos o sus representantes, tienen poder total sobre el proceso y el resultado de dicha negociación, dialogan directamente en la búsqueda de un acuerdo obligatorio.¹³⁶ En este caso, el negociador debe dar cuentas del resultado de su gestión y negociar de acuerdo a los intereses de su representada.¹³⁷

La negociación se ubica dentro de los medios de solución de conflictos; en ella las partes voluntariamente buscan acuerdo mutuo y satisfactorio. Sin embargo, cuando las partes están tan fuertemente involucradas que no pueden llegar a un acuerdo, buscan la mediación, conciliación o arbitraje.¹³⁸

Roque J. Caivano, indica que la negociación es “la ciencia y arte de procurar un acuerdo en entre dos o más partes interdependientes, que desean maximizar sus propios resultados comprendiendo que ganarán

¹³⁴ Calcaterra, Rubén Alberto. “Mediación Estratégica” Ed. Gedisa. México. año 2002. p. 78

¹³⁵ Arias, Londoño, Melba. op. cit. p. 29.

¹³⁶ Loc. cit.

¹³⁷ Caivano, Roque J. op. cit. p.152

¹³⁸ Loc. cit.

más si trabajan juntos que si se mantienen enfrentados; buscando una salida mejor a través de una decidida acción conjunta en lugar de recurrir a algún otro método.”¹³⁹

Lo anterior porque si bien reconoce una profunda base de análisis y desarrollo teórico (ciencia) implica sobre todo la habilidad de traducir esa teoría a la práctica en cada caso en particular (arte).¹⁴⁰

De la anterior definición se aprecian los elementos y lo que realmente es negociar.

- interdependencia;
- elección de modo de gestionar el conflicto;
- orientación acorde al resultado apuntado;
- no –confrontación
- resultado mutuamente satisfactorio (acuerdo) ¹⁴¹

Lo anterior, implica una nueva actitud en la solución de conflictos, pues el intento de lograr un arreglo con la otra parte no es negociación. Es habitual confundir procesos de negociación con procesos de comunicación directa, tendientes a lograr una solución del conflicto; ello debido a factores culturales y de formación profesional que afectan la percepción de sobre el término negociar.

Los cuatro factores son:

- a) Los generalizados mitos respecto al conflicto: que es negativo, es una contienda de la cual debe surgir un vencedor y su solución no es responsabilidad de las partes.

¹³⁹ Caivano, Roque J. op. cit. p. 149

¹⁴⁰ Loc. cit.

¹⁴¹ Loc. cit.

- b) El modo de gestionar los conflictos: Si el conflicto es visto como algo negativo, como contienda, para resolverlo favorablemente de debe vencer derrotando al otro.
- c) El rol del litigante o abogado.
- d) El estilo personal de gestión, la orientación adversarial adoptada para resolver la situación.¹⁴²

En una *negociación adversarial*, indudablemente el resultado será la victoria sobre el adversario. Sin embargo, lo que se debe buscar es una *negociación colaborativa o integrativa*. Lo cierto es que esa clasificación no es correcta, por cuanto a los términos negociación y adversarial, pues se contraponen, toda vez que la negociación tiene una orientación distinta de lo adversarial, aún cuando pueda ser necesario o conveniente recurrir a acciones adversariales como la amenaza.

El mito del conflicto como negativo, resuelto confrontando su solución, sin responsabilidad de las partes, condiciona la elección de la vía de gestionar los conflictos, la cual tiende a ser de modo adversarial, con uso del poder o la autoridad formal.¹⁴³

La negociación debería ser un mecanismo natural y habitual de superar conflictos, en el marco de las disputas legales. Implica mucho más que un simple intercambio comunicativo para obtener un resultado favorable al cliente y evitar el juicio, un verdadero proceso de negociación reconoce la interdependencia de los actores, que propicia beneficios mutuamente beneficiosos.¹⁴⁴

¹⁴² Ibidem. pp. 138 y 139.

¹⁴³ Ibidem. p. 141 y 142.

¹⁴⁴ Ibidem. p. 150.

La negociación en conflictos familiares debe ser colaborativa, en afán de obtener acuerdos mutuamente beneficiosos entre las partes, pues recordemos en ésta materia continúan las relaciones entre los miembros a pesar de los conflictos y sus eventuales soluciones.

Según la Escuela de Harvard, la negociación debe fundamentarse en los intereses y las necesidades de las partes.¹⁴⁵ Así, las necesidades o motivaciones son elementos a considerar previamente a la negociación, porque a partir de ellas estará gestándose la posibilidad de una fórmula de entendimiento que resulte razonablemente satisfactoria para ambas partes, ubicando la decisión final en algún lugar dentro del amplio rango de lo aceptable.¹⁴⁶

Todo lo anterior, nos obliga a reiterar la importancia de la negociación en la solución de los conflictos, en el que ambas partes obtengan beneficios, evitando contiendas, pues basta señalar como ejemplo el caso de los juicios intestamentarios, donde se vuelven tan largos y desgastantes, que muchas de las veces hasta algunos llegan a fallecer y los juicios continúan, olvidándose del duelo por la muerte del intestado y provocando contiendas por cuestiones económicas, siendo que todo lo anterior, se podría evitar de haber conciencia y cultura de la negociación, que es lo más difícil, sobre todo cuando se trata de cuestiones económicas entre familiares, que lo único que provocan es limitarse de gozar de los bienes y hacer cada vez más arduo el conflicto.

E. Conciliación:

¹⁴⁵ Arias, Londoño, Melba. op. cit. p. 29.

¹⁴⁶ Caivano, Roque J. op. cit. pp. 152 y 153

“La voz conciliación proviene del latín *conciliatio*, del verbo *conciliare*: componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí a avenir sus voluntades, ponerlas en paz. De tal modo el instituto conciliatorio supone el arreglo de una diferencia entre dos o más personas mediante el logro de una renuncia unilateral o bilateral de sus derechos, o sin llegar a ellos, mediante acuerdo de voluntades para que un tercero ajeno a los intereses en juego haga propuestas de solución o más aún, desate el conflicto existente con un acto de decisión.”¹⁴⁷

Pierro Calamandrei, señala que la conciliación consiste en colocarse con carácter de pacificador entre las partes y tratar de arreglarlas controversias entre ellas, ya surgidas o que este por surgir.¹⁴⁸

En la conciliación, un tercero ajeno a las partes, propone alternativas concretas encaminadas a la solución de la controversia, correspondiendo a la voluntad de las partes su aceptación. Es una forma autocompositiva de resolver conflictos.

El tercero es sólo un medio para que los interesados autocompongan sus intereses encontrados.¹⁴⁹

En efecto el primero es el contendiente, el segundo el resistente y el tercero, ayuda a desatar o resolver el conflicto entre ellos, quien puede actuar de un modo espontáneo o a solicitud de los propios interesados, para acercar sus criterios contrapuestos. Sin embargo, en ambos casos los contendientes aceptan la presencia del tercero. Tiene lugar también en el caso de ausencia de acuerdo entre las partes respecto de la

¹⁴⁷ Alvarado Belloso, Adolfo. op. cit. pp. 237 y 238.

¹⁴⁸ Calamandrei, Pierro. op. cit. p. 29.

¹⁴⁹ Ibidem. p. 238

persona del tercero que habrá de resolver el conflicto, como en el proceso judicial, el cual puede incoar en contra de la voluntad del resistente, quien no obstante quedará ligado a aquél por la simple voluntad de la ley.¹⁵⁰

Eduardo Pallares, define a la conciliación “como aquella avenencia que sin necesidad de juicio de ninguna clase tiene un lugar entre las partes que disienten acerca de sus derechos en un caso concreto y de las cuales una o las dos tratan de entablar un pleito, aunque también habría conciliación aún ya promovido el juicio.”¹⁵¹

La conciliación puede ser *preprocesal* como etapa previa a la iniciación del preproceso, como acontece en la etapa previa y de conciliación en el juicio ordinario civil e *intraprocesal* cuando se presenta dentro del desarrollo del proceso, antes de que éste termine.¹⁵²

Según Othón Pérez Fernández del Castillo, la conciliación es un procedimiento previsto en la Ley, de tal suerte, que no se podría hablar de conciliación privada, sino solamente de conciliación pública en materia administrativa, en materia laboral y judicial; con lo que separa la conciliación en sede judicial y materia administrativa, porque normalmente está desempeñada por organismos o instituciones, a través de procedimientos formalizados por las leyes, como la que practica la Procuraduría Federal del Consumidor, que ha alcanzado niveles de eficiencia superiores a los obtenidos a través de la conciliación judicial.¹⁵³

¹⁵⁰ Pérez Fernández del Castillo. Othón. op. cit. p. 236

¹⁵¹ Pallares, Eduardo. “Diccionario de Derecho Procesal Civil” 21ªed. Ed. Porrúa, S.A de C.V. México, D.F. pp. 125 y 126

¹⁵² Ovalle Favela, José. op. cit. pp. 26

¹⁵³ Pérez Fernández del Castillo. Othón. et. al. op. cit. p. 27

Lo anterior, demuestra que la conciliación llevada bien a cabo, produce resultados favorables en la solución de conflictos, lo que nos lleva a concluir que el éxito o fracaso de esta figura, no es si se practica en sede judicial o ante autoridades administrativas, sino en que su práctica sea por personas con capacitación en el procedimiento conciliatorio, que realmente propicie acercamiento entre las partes, propiciando un ambiente de cordialidad y auxilio a través de propuestas de soluciones de acuerdo a las necesidades reales, consientizando de las ventajas de resolver el conflicto mediante acuerdo, sin tener que acudir a formas de solución adversariales.

En ésta forma autocompositiva de resolver conflictos se practica la negociación, lo que obliga al conciliador a manejarla, para poder tener capacidad y facilidad de proponer a las partes soluciones que puedan satisfacer las necesidades o pretensiones de ambas, logrando con ello el objetivo principal que es el acuerdo, que se traduce en la transacción, la cual como antes quedó analizada, en ella las partes resuelven o previenen un conflicto haciéndose mutuas concesiones.

El conciliador puede pertenecer a un centro de conciliación, a un tribunal o ser independiente de éstos, como sucede en Perú.

Respecto de la conciliación en sede judicial, se conocen cuatro sistemas diferentes:

- a) el que establece como requisito previo y obligatorio realizado por funcionarios con especial competencia al efecto;

- b) el que establece como facultad de las partes, quienes pueden intentarla o no ante los jueces o funcionarios con especial competencia al efecto;
- c) el que establece como diligencia necesaria de realizar una vez trabada la litis judicial, antes el mismo juez que conoce de ella;
- d) el que establece como diligencia que puede o no realizarse por el juez de la causa, en cualquier estado de ella.¹⁵⁴

Es difícil para el legislador establecer si debe ser preprocesal, procesal y en ambos supuestos si con carácter de obligatorio o facultativo, siendo necesario conocer la experiencia habida, e indagar con profundidad cuáles son las condiciones políticas, económicas y autosuficientes del Poder Judicial.¹⁵⁵

Las partes deben comparecer personalmente, sólo ellas saben cuando y cómo es conveniente conciliar, pues nadie mejor que el propio litigante para cuidar sus intereses, pudiendo ser asistidos de letrados durante la audiencia, quienes en el medio forense al menos, el buen abogado preferible un mal arreglo que un buen pleito que, por su extrema duración, puede causar la ruina de los interesados.¹⁵⁶

“En EE. UU. la American Bar Association empezó en 1975 en el Estado de Florida a organizar el programa “Citizen Disput Settlement” que en el momento actual dispone de un número elevado de oficinas de conciliación para conflictos de la vida diaria. El éxito de este programa tuvo como consecuencia que se formaran más y más instituciones de carácter parecido en todo el país que se distinguen según su afinidad con

¹⁵⁴ Alvarado Beloso, Adolfo. op. cit. p. 239

¹⁵⁵ Loc. cit.

¹⁵⁶ Ibidem. p. 246.

el sistema judicial. La mayor parte de esas instituciones funciona como anexo al juzgado de primera instancia y recibe los casos a través de los propios juzgados. Las partes, en el caso, de no ponerse de acuerdo a través de la vía conciliadora, pueden continuar el proceso ante el juzgado. El arreglo a través de la vía de conciliación esta firmado por el juez del juzgado local y consecuentemente se ejecuta como un fallo. La función conciliadora se lleva a cabo por legos sin formación jurídica y en algunas instituciones gratuitamente por abogados. ¹⁵⁷

La conciliación se plasmada en convenio se equipara a sentencia y produce eficacia de cosa juzgada mediante el cual las partes detallan los términos del arreglo, y en caso de incumplimiento del mismo se podrá solicitar al juzgador que ordene la ejecución coactiva de éste sin promover un nuevo juicio.

De lo anterior se puede concluir que es un método autocompositivo de solución de conflictos, por que si bien es cierto puede ser establecida por la ley su sujeción a ella ya sea antes o durante el procedimiento, en el que el tercero propone soluciones, también lo es que la solución depende exclusivamente de la voluntad de las partes para resolver conflictos. Además esta forma de solución hace uso de la negociación para llegar al arreglo, el cual finalmente se verá reflejado en la transacción.

El artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece que el conciliador preparará y propondrá a las partes alternativas de solución al litigio, y si llegan a un convenio, el juez

¹⁵⁷ Caballero Harriet, Fco. Javier. "La Justicia Alternativa ¿otra forma de justicia? Encuentros Internacionales sobre Justicia Alternativa. Editado por el Gobierno Vasco. 1989. p. 7

aprobará de plano si procede legalmente y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada y en caso de incumplimiento, se este en posibilidad de solicitar al juez la ejecución coactiva del convenio, a través de la vía de apremio en términos de los artículos 2953 del Código Civil y 500 y 502 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, siendo también reclamable mediante juicio ejecutivo en términos del artículo 443, fracción IV y VI del Código adjetivo Civil para el Distrito Federal.

Esta es una opción más para solucionar los conflictos en materia familiar.

Finalmente resulta de gran trascendencia que el conciliador este plenamente capacitado para realizar conciliación, toda vez que la experiencia en los tribunales de esta figura muchas de las veces se convierte en un mero requisito del procedimiento, en el que el conciliador sin estar capacitado no asume la importancia de su función en la solución de los conflictos, originando con ello, el que se prosiga con los procesos, cuando esta figura es un importante oportunidad para las partes para llegar a una solución contractual dentro del proceso, con todas las ventajas jurídicas que propicia el celebrar un convenio ante autoridad judicial. Pero también el que no funcione esta forma de solucionar conflictos es debido a la falta de cultura de la sociedad de resolver conflictos ellos mismos, acostumbrados a depender de la decisión de un tercero y no a resolver mediante su propia voluntad.

Al respecto Francesco Carnelutti señala también que en realidad lo que sucede con la conciliación es que el órgano jurisdiccional encargado del oficio conciliador ve en él más bien un medio de librarse del estudio de la controversia, que de no obtener a través de la voluntad de las

partes la justa composición del litigio, la ejerce con frecuencia sin habilidad.¹⁵⁸

F. Mediación:

El término de mediación “aparece ligado a la acción de interceder o rogar por otro; a la interponerse entre dos que riñe o contiene, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad. Así la expresión mediación se usa para designar un proceso no adversarial, estructurado en etapas, confidencial y en el cual participa un tercero neutral e imparcial que ayuda a las partes a negociar, para obtener un resultado mutuamente satisfactorio. La mediación constituye un esfuerzo sistematizado mediante la aplicación de técnicas específicas y despliegue de habilidades aprehendidas, para facilitar la comunicación entre las partes.”¹⁵⁹

“Una de las definiciones ya clásicas dice que es la técnica mediante la cual son las partes mismas inmersas en un conflicto quienes tratan de llegar a un acuerdo con ayuda de un mediador, tercero imparcial, que no tiene facultades de decisión.”¹⁶⁰

Eduardo Guillermo Roveda define la mediación como “el proceso mediante el cual los participantes, asistidos por una o más personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa, con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas al mejor acuerdo negociado y llegar a una solución que se ajuste a sus necesidades.”¹⁶¹

¹⁵⁸ Carnelutti, Francesco. op cit. p. 28.

¹⁵⁹ Herrera Trejo, Sergio. “La Mediación en México.” Ed. FUNDAp. México. 2001. pp. 27 y 28

¹⁶⁰ Gottheil, Julio y Schiffirin, Adriana y et. al. (compiladores). “Mediación una transformación en la cultura” Ed. Paidós Mexicanos S.A. México, D.F. 1996. p.42

¹⁶¹ Roveda, Guillermo Eduardo. Mediación y violencia familiar. En la Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico. Memorias del Congreso Internacional de Métodos Alternos: mediación, evaluación neutral y arbitraje. Edición especial. Vol. 62. Núms. 3 y 4. San Juan, Puerto Rico. octubre-diciembre. 2001. p. 422

“La mediación es entendida de una manera sencilla como un entendimiento facilitado. La mediación significa que usted adquiere responsabilidad de solucionar el conflicto. Es un proceso mediante el cual un mediador le ayuda, facilitándole un método privado e informal, para reflexionar acerca del conflicto o disputa interpersonal (“discutir el asunto”) y tratar de resolverlo.”¹⁶²

El mediador no es un negociador, ni árbitro, es un facilitador de la comunicación.¹⁶³ El mediador es un tercero imparcial, no representa, no asesora a las partes, no decide, no opina, no propone alternativas, únicamente es el facilitador para el acercamiento y la comunicación entre las partes, de cuya voluntad depende la solución del conflicto.

Una de las cuestiones fundamentales para solucionar el conflicto consiste en el restablecimiento de la comunicación entre las partes, lo que generalmente se logra a través de la comprensión por éstas de que existen intereses concluyentes entre ellas, y que el arreglo es posible entre ellas, mediante el acuerdo.¹⁶⁴

El entendimiento facilitado funciona, con sus características individualizadas como un proceso alternativo de resolución de conflictos que pueden ser conyugales, familiares, comerciales, vecinales, laborales, docentes, empresariales y hasta penales en ciertos casos, como la reparación del daño, y en el caso de delitos menores, entre otros.

El paradigma de ganar-perder prevaleciente, en la solución de conflictos y la falta de voluntad y de colaboración en las relaciones entre

¹⁶² Castanedo Abay, Armando . op. cit. p13

¹⁶³ Roveda, Guillermo Eduardo. op. cit. p. 423

¹⁶⁴ Castanedo Abay, Armando . op. cit. p13.

las partes impide, por la formación sociocultural, lograr soluciones donde se logre eliminar el conflicto que lleva a las partes a una mediación para prevalecer sus necesidades y deseos muy personales.¹⁶⁵

“La mediación es una opción real, práctica y capaz de contribuir en ese mar de desesperanza y falta de entendimiento. La misma, bien utilizada, puede convertirse en un instrumento de paz, además de cumplir con su objetivo primario que es la resolución de conflictos en todas sus variantes. El proceso debe profundizar más en las condiciones internas psicológicas de las partes, para lograr soluciones humanas duraderas adicionales a la resolución del conflicto que dio origen a la mediación.”¹⁶⁶

De acuerdo con lo anterior, la mediación restablece relaciones personales afectadas por el conflicto, propiciando además relaciones duraderas, lo que resulta beneficiosos en la solución de los conflictos familiares, en los cuales las relaciones persisten y por tanto mientras más cordial y satisfactoria resulte la solución para ambas partes, mayor será la posibilidad de que duren, y en caso de volver a aparecer un conflicto, las partes al haber tenido la experiencia de la mediación, vuelvan a recurrir a ella.

Héctor Latorre precisa que la mediación tiene como meta el principio equitativo de ganar-ganar, basado en el entendimiento y en la realidad y contexto de las vidas e historia personal, superando prejuicios personales.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Latorre, Héctor. “Un nuevo enfoque en la resolución de conflictos: Mediación narrativa. En la Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico. Memorias del Congreso Internacional de Métodos Alternos: mediación, evaluación neutral y arbitraje.” Edición especial. Vol. 62. Núms. 3 y 4. San Juan, Puerto Rico, octubre-diciembre. 2001. p. 285.

¹⁶⁶ Loc. cit.

¹⁶⁷ Ibidem. p. 286

Luego entonces, si las partes colaboran en la solución del conflicto y logran llegar a un acuerdo, ambas resultaran beneficiados, sobre todo porque lograron más que solucionar su problema, superar situaciones que lamentablemente no habían sido ser detectadas, sobre todo en conflictos familiares, donde tal vez en principio se acudió a una disolución del vínculo matrimonial por una situación y de la comunicación alcanzada mediante la ayuda del mediador, las partes detectaron otros factores que influyeron en su problema de separación, el cual consientes de ello, puedan superarlo y no romper la relación o de romperla, sea de manera pacífica y acordada por ambas, logrando con ello que continúe las relaciones que indudablemente continuaran en el caso de tener hijos, pues subsistirán obligaciones en relación con ellos.

Ahora bien, los conflictos familiares no sólo son entre cónyuges, sino entre sus miembros, por lo que si pensamos que las relaciones padres hijos, indudablemente deben reforzarse y no destruirse, pues ello influye en su desarrollo integral. También no siempre es legal, pensemos que no están requiriendo el cumplimiento de las obligaciones alimenticias, sino son conflictos derivados de sus relaciones en la familia, la mediación juega aquí un papel importante, pues las partes conscientizan el conflicto y de lograr restablecer la comunicación podrán superar estos problemas. Lo anterior, demuestra como la mediación de ser debidamente utilizada puede convertirse en algo cotidiano para resolver todo tipo de problemas, mejorando las relaciones que se encuentran en conflicto, pues no necesariamente todas son legales, pero que sin embargo, de no ser atendidas a tiempo, puedan resultar conflictos legales. Por ello debe cultivarse una cultura distinta de resolver conflictos, ello necesariamente conllevará a prevenir los conflictos legales que a futuro pudieran resultar.

Sus características son:

La voluntariedad, pues son las partes en conflicto quienes deciden someterse al proceso de mediación para dar solución al mismo, no existe coacción para sujetarse al mismo.

Puede ocurrir que alguna de las partes tenga experiencia porque ya la utilizó, o que le sea sugerida por su abogado, por lo que buscará interesar a la otra para intentar la mediación.¹⁶⁸

Las partes no han sido atrapadas por el desbalance entre la pasión del enfrentamiento en grado ascendente y el razonamiento en grado descendente, entre ellas la comunicación no se ha anulado por completo y pueden decidir conjuntamente la mejor vía para la solución de sus contradicciones.¹⁶⁹

Una de las formas de prever la instancia de mediación es a través de los contratos, incluyéndose una cláusula en ese sentido. Puede incluso establecerse quién será el mediador, o identificar a un tercero que tendrá la responsabilidad de nombrarlo.¹⁷⁰

Cada una de las partes tiene la disponibilidad absoluta del proceso, en tanto puede retirarse cuando le parezca conveniente, provocando así el fin de la mediación sin necesidad siquiera de explicar las razones de su decisión.¹⁷¹

¹⁶⁸ Gottheil, Julio y Schiffrin, Adriana et. al (compiladores), op. cit. p. 44.

¹⁶⁹ Castanedo Abay, Armando . op. cit. p113.

¹⁷⁰ Gottheil, Julio y Schiffrin, Adriana y et. al. (compiladores). op cit. p. 44.

¹⁷¹ Roque J. Caivano. et. al . op. cit. p.214.

Asimismo, no existe sanción para las partes, de no llegar a un acuerdo, existiendo siempre la posibilidad de poder acudir a los tribunales, con el perjuicio de que no interrumpe términos procesales.

Flexibilidad del procedimiento. “No existe en la mediación ningún tipo de condicionamiento formal a la comunicación plena, tanto verbal como no verbal. Cada parte es dueña de brindar u ocultar información según lo considere conveniente, En todo caso, es parte del trabajo del mediador lograr que las partes le confíen toda la información relevante para poder ayudarlas a cerrar en un acuerdo mutuamente beneficioso.”¹⁷²

“Siempre que en la mediación se respeten los principios fundamentales vinculados a la voluntariedad y la confidencialidad, las reglas del procedimiento, pueden aplicarse con libertad. Existe un “patrón” mínimo que conviene no dejar de lado, etapas que permiten aumentar las posibilidades de acuerdos, pero la organización del tiempo, el lugar y los temas para tratar, logra de alguna manera diseñar un proceso a la medida de las partes y del tipo de conflicto.”¹⁷³

No obstante la flexibilidad, el mediador establecerá los casos en los que pondrá fin a la mediación, como cuando advierta la comisión de un delito o violencia familiar, o cualquier otra situación que impida proseguir con un proceso de cooperación y buena fe.¹⁷⁴

Aún cuando no hay formalidad, debe explicarse el procedimiento antes de comenzarlo asegurando que sea comprendido por las partes, con el fin de lograr comportamientos cooperativos.

¹⁷² Ibidem. p. 215

¹⁷³ Gottheil, Julio y Schiffrin, Adriana y et. al (compiladores). op cit. p. 45.

¹⁷⁴ Ibidem. p. 48.

La confidencialidad, “Se trata de una de las notas más apreciadas de la mediación. Sin confidencialidad la confianza de las partes en el mediador se debilita, la comunicación se retrae, la exploración de opciones y alternativas se hace dificultosa y las posibilidades de conducir el proceso hacia un acuerdo se alejan.”¹⁷⁵

La buena fe, la confianza y el convencimiento de que el intercambio directo de propuestas es lo que lleva a un acuerdo duradero son los pilares en los que se sostiene la mediación. Así un requisito indudable del proceso es que las partes y el mediador puedan comunicarse con total libertad, pues el mediador solicitará información y hará preguntas que no serían contestadas si existiera peligro de su utilización posterior fuera de contexto. Por ello la información que intercambian las partes debe de alguna manera estar protegida. ¹⁷⁶

En conclusión la confidencialidad protege todo aquello que sea tratado durante el proceso de mediación, pues no debe olvidarse que se está facilitando la comunicación entre las partes, y ello implica el que se puedan tratar temas totalmente personales, surgiendo cuestiones que ellas mismas desconocían, como en el caso de los conflictos familiares, en que se ven envueltos afectos, sentimientos, pasiones, desilusiones, frustraciones, odios, entre otros factores, sin que ello pueda ser utilizado para promover posteriores juicios, por ello el mediador firma una cláusula de confidencialidad antes de iniciar el proceso, la cual protegerá tanto al mediador, como a las partes.

¹⁷⁵ Roque J. Caivano. et. al. op. cit. p. 215.

¹⁷⁶ Gottheil, Julio y Schiffrin, Adriana y et. al. (compiladores). op cit. p. 46.

El mediador, debe guardar el secreto profesional de todos los hechos o circunstancias que hayan llegado a su conocimiento a través de la mediación, siendo al mismo tiempo esta obligación concebida que lo ampara en caso de ser citado como testigo a juicio posterior que puedan entablar las partes.¹⁷⁷

También es confidencial el resultado de la mediación, lo que trae ventajas en conflictos familiares, al no ventilarse los problemas.

Mantenimiento de los derechos, toda vez que en el caso de no llegar a un acuerdo, no perjudica en modo alguno los derechos discutidos, colocando a las partes en la misma situación en que se encontraban antes de intentarla.¹⁷⁸

La rapidez, es más ágil que un procedimiento judicial, pues al no tener formalismos y depender de la voluntad de las partes su solución, el control de brevedad del proceso depende únicamente de ellas.

El bajo costo, en tratándose de la mediación impartida en sede judicial, pues ésta es impartida de manera gratuita, sin embargo existen mediadores que no pertenecen a sede judicial y estos son los que cobran por sus servicios.

La igualdad, los mediados deberán ser tratados con igualdad, pues solamente en ese plano de igualdad resolverán su conflicto las partes. De hecho la mediación trata de equilibrar los poderes entre las partes en conflicto, mediante la facilitación de la comunicación entre ellas, a fin de

¹⁷⁷ Ibidem. p. 216

¹⁷⁸ Loc. cit.

que puedan dentro de un plano de igualdad llegar a una solución mediante la satisfacción de los intereses de ambas partes.

Es de señalarse que cuando no es posible llegar a un punto de equilibrio entre las partes, el asunto no podrá ser mediado, pues evidentemente no será posible entablar entendimiento entre las partes a fin de resolver su conflicto.

La imparcialidad, toda vez que el mediador al ser un tercero facilitador de la comunicación entre las partes no está a favor de alguna, pues el problema es visualizado de acuerdo a los intereses de ambas, debe estar libre de favoritismos, tratando a los mediados con absoluta objetividad.

La legalidad, sólo pueden ser objeto de mediación los conflictos derivados de los derechos que se encuentren dentro de la libre disposición de los mediados, pues recordemos que existen derechos que son tutelados por el Estado, por ser de orden público.

El proceso de mediación, tiene como objetivo identificar los puntos en conflicto e intentar, a través de técnicas específicas, que las partes lleguen a un acuerdo. Para lograrlo, se sigue una serie de etapas que tienden en conjunto a construir el marco dentro del cual se produce el intercambio de información entre las partes.¹⁷⁹

El mediador es quien guía y organiza el proceso, con intervenciones tendientes a lograr un ámbito de cooperación donde explorar distintas alternativas de acuerdo.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Ibidem. p. 48.

¹⁸⁰ Loc. cit.

De hecho el mediador puede actuar con ayuda de expertos en otras disciplinas, como psicólogos, trabajadores sociales, entre otros, quienes figuran como comediadores.

La parte lógica del éxito de la mediación finaliza con el acuerdo logrado con el que las partes estén satisfechas, pues existen mayor posibilidad de su cumplimiento voluntario, que es una de las características de la mediación, pues ellas se sometieron voluntariamente al proceso, y fueron quienes resolvieron el conflicto mediante la solución que benefició a ambas. No obstante lo anterior, el acuerdo puede presentarse ante el juez para que lo homologue y se pueda exigir su cumplimiento.¹⁸¹

Sin embargo, otra forma de medir el éxito de la mediación es haber detectado con claridad los aspectos centrales del conflicto que parecía incomprendible. Otras veces puede ocurrir que las partes pongan fin a la mediación sin haber llegado a un acuerdo, pero que después se reúnan privadamente y decidan el momento de firmarlo.¹⁸²

En Argentina el incumplimiento del contrato faculta para acudir a la sede judicial y exigir su cumplimiento previendo su ley procesal civil y comercial una multa en el que el Juez previamente declarara la temeridad y malicia incurrida por la ejecutada incumplidora, lo que hace al fundamento base de la sanción.

“Parece difícil encuadrar el incumplimiento en una conducta temeraria, la que, verbigracia, es dable observar cuando se presenta un accionar

¹⁸¹ Ibidem. p. 51

¹⁸² Loc. cit.

imprudente, desprejuiciado, inconsistente, atrevido, realizado por quien lo hace a sabiendas de que no le asisten motivos valederos lanzado a ejecutar actos peligrosos sin medir las consecuencias, sin imaginar el resultado; *maliciosa*, que se presente en el caso de litigar sin fundamento en derecho, perversamente, persiguiendo fines determinados a sabiendas de que se obtendrá ventajas de la contra parte de manera improcédente. En la conducta temeraria se requiere la presencia de culpa grave; en la maliciosa de dolo. Esos elementos la culpa grave y el dolo son necesarios para procede a la aflicción de una sanción por parte el órgano jurisdiccional. Por el contrario, no cumplir con el acuerdo mediatorio a lo sumo presuponen la presencia de culpa pero no de tal entidad como para posibilitar la aplicación de tal calificación y la consecuente multa.¹⁸³

De todo lo anterior, podemos concluir que en la mediación las partes conservan plenamente el poder de decisión sobre la solución de conflictos, y la intervención del tercero llamado mediador es sólo para facilitar acercamiento y comunicación entre las partes a fin de que ellos mismos propongan solución a su conflicto haciendo uso de la negociación, finalizando con la formalización del acuerdo, el cual jurídicamente es una transacción.

Tanto la mediación al igual que la conciliación depende su éxito de que sean personas plenamente capacitadas para realizarla, por lo que debe procurar que así sea, a fin de que esta forma de solucionar conflictos sea cada vez más utilizada, generando confianza en sus usuarios logrando acuerdos mutuamente beneficiosos entre las partes,

¹⁸³ Lascala, Jorge Hugo. "Aspectos Prácticos en Mediación.", Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1999. pp. 149 y 150

por lo que si queremos lograr una cultura de la paz, no hay otra forma de concienciar a los gobernados para que hagan uso de estos medios de solución sino es logrando su confianza, sobre todo en conflictos familiares en que se reitera se tratan con sentimientos, emociones, pasiones, resentimientos, etcétera.

G. Amigable composición: Es una forma de solución del conflicto con ayuda de un tercero, que no vincula a las partes.

Para Cipriano Gómez Lara es una forma de conciliación y la sitúa en una posición intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición; debido a que surge un pacto por cuyo medio las partes admiten acudir a la opinión de un tercero, pero su opinión no los vincula ni obliga a los contendientes, él sólo procura avenirlos, es decir, hacerlos llegar a un pacto de transacción, a un desistimiento o un allanamiento.¹⁸⁴

No se comparte el criterio de que sea una figura entre la autocomposición y heterocomposición, toda vez que si bien es cierto, las partes en conflicto deciden someterse a un tercero, ellas siguen conservando el control, poder o imperium en la decisión de la solución del conflicto, su voluntad es la que está por sobre todo, siendo la principal característica de la figura de la autocomposición, característica que también se destaca en la conciliación y mediación, toda vez que como se pudo apreciar del análisis de esas formas de solución, si bien es cierto, en el caso de la conciliación el tercero propone y en la mediación, el tercero facilita comunicación, también lo es que los terceros sólo se

¹⁸⁴ Gómez Lara, Cipriano. op cit. p. 32

convierten en un medio que facilita la solución del conflicto, pero depende únicamente de la voluntad de las partes, su solución.

H. Buenos oficios: Mediante este procedimiento, usual en el campo del derecho internacional público, un tercero ofrece su intervención amistosa para evitar un deterioro de la situación en conflicto y persuadir a las partes para que acepten un medio pacífico de solución.¹⁸⁵

El tercero se limita a intentar que las partes inicien o reanuden negociaciones tendientes a resolver la controversia.

En consecuencia, es un instrumento para acercar a las partes en conflicto, sin que el tercero manifieste opinión alguna relacionada con alternativas de arreglo; su intervención se debe a que las partes no están dispuestas de manera espontánea a entrar a negociar. Por ello su función es la de un facilitador y no como alguien con facultades para resolver el conflicto.

A nivel Internacional, se recomiendan los buenos oficios para solucionar controversias, como instrumentos a través de los cuales los Estados buscan concordancia y paz entre las naciones.¹⁸⁶

En esta figura la solución del conflicto depende de la negociación de las partes, lo que convierte a los buenos oficios sólo en un instrumento dirigido o encaminado a iniciar la negociación, es parecido a la invitación

¹⁸⁵ Estavillo Castro, Fernando. "Medios Alternativos para la Resolución de Controversias." Revista JURIDICA. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México, D.F. N° 26. 1996. p. 11

¹⁸⁶ Márquez Algara, María Guadalupe. "La mediación familiar como instrumento de protección de los derechos de los niños y adolescentes en Aguascalientes." En la Revista Jurídica. Poder Judicial del Estado. No.20. Año XII. Nueva Epoca. Aguascalientes, México. abril-junio. 2001. p. 114

hecha en la mediación para acudir a este proceso, el cual en materia familiar debe ser muy perpicaz para convencer a las partes a acudir a la negociación, sobre todo cuando no se ha tenido contacto con la negociación y el problema se encuentra en un punto tenso que dificulta la comunicación entre las partes.

I. Investigación: Con frecuencia las controversias se originan en el desacuerdo sobre un hecho determinado, de autenticidad incluso no comprobada; por ello, las partes pueden reducir sus desavenencias mediante la aclaración del hecho cuestionado, encomendando su investigación a un tercero independiente ("*surveyor*"), que puede ser una persona física, una institución o una comisión.

Ahora bien, aún cuando por lo general el resultado de la investigación es obligatoria para las partes, que pueden o no conformarse con la misma, con este medio pueden llegar a una valoración objetiva del hecho que ocasione su discrepancia.¹⁸⁷

Por tanto, el resultado de la investigación, es de gran trascendencia para la solución del conflicto, pues se convertirá en el punto total de donde las partes derivaran la negociación para dar solución al conflicto, convirtiéndola en un instrumento de auxilio en la negociación.

Así también en el derecho internacional público, las partes se consultan entre ellas, ante un conflicto o cuando surge cualquier evento o circunstancia urgente o relevante que pueda afectar sus relaciones, para la adopción de mediadas pertinentes. Las partes pueden convenir en un calendario de consultas periódicas, así como en el objeto habitual

¹⁸⁷ Estavillo Castro, Fernando. op cit. p. 12

permanente de las mismas, dejando abierta la posibilidad de incluir temas eventuales. Un mecanismo similar también es aplicable en relaciones privadas.¹⁸⁸

De lo anterior claramente se advierte la necesidad de comunicación entre las partes para solucionar o prevenir conflictos, obviamente las partes cuentan con una aptitud negociadora. En materia familiar este método se aplica en problemas cotidianos y eventuales que se van presentando en las relaciones de sus miembros, trayendo como consecuencia soluciones inmediatas y preventivas en posteriores conflictos, lo que refleja una cultura de solución por sus propios miembros sin la asistencia de un tercero que les facilite la comunicación o proponga soluciones.

Desgraciadamente no siempre es posible llegar a estas soluciones, como en el caso de violencia familiar, donde son casi nulas las expectativas de que las partes se puedan consultar para tomar una decisión, pues ésta se decide por el más fuerte, omitiendo tomar en consideración a los demás integrantes de la familia.

III. Heterocomposición

“Es la forma más evolucionada e Institucional de solución de la conflictiva social.”¹⁸⁹

“En la heterocomposición la solución al conflicto es calificada de *imparcial*, porque no va a ser dada por las partes, sino por un tercero ajeno al litigio, un tercero ajeno sin interés propio en la controversia.”¹⁹⁰

¹⁸⁸ Loc. cit.

¹⁸⁹ Dorantes Tamayo, Luis. op cit. p.18

En la heterocomposición la controversia es conocida y resuelta por un tercero, vinculando a las partes lo resuelto por él.

De lo anterior, podemos concluir que si bien es cierto es una forma evolucionada de solución, también lo es que dicha solución la establece un tercero que si bien es imparcial a la decisión, y por ello de manera objetiva resuelve, sin embargo, está orientada a la contienda, situación que al analizar figuras como la mediación, negociación, transacción y conciliación, fue motivo de crítica, toda vez la lucha continua entre las partes debe ser superada y en una forma aún más evolucionada y consciente, nos lleva a poner la vista en otras forma de solución en el que ambas partes obtengan beneficios, dejando en ellas la responsabilidad de la solución, las cuales obviamente no todas las personas en conflicto tienen capacidad para ello y por esta razón, deben ser sometidas a un tercero que decida, sobre todo en conflictos familiares en donde lo primero que se pierde es esa capacidad de resolver pacíficamente los conflictos por los sentimientos en choque que existen, sobre todo cuando existe violencia familiar, en donde no hay conciencia de daño que se provoca, anulando toda posibilidad de solución dependiente de la voluntad de las partes.

A. Arbitraje:

A continuación se analizará una forma de solución en el que la voluntad de las partes únicamente esta encaminada a someterse a un tercero llamado árbitro, quien decidirá el conflicto, pero que sin embargo, constituye una forma pacífica de solucionarlo, constituyendo una opción más para quienes su voluntad no es decidir directamente el conflicto, sino

¹⁹⁰ Ovalle Fabela, José. op. cit. p. 25.

dejarlo en manos de un tercero, pero con las ventajas que también ofrece ésta figura, como la rapidez, economía, flexibilidad, confidencialidad, especialidad, entre otras, que más adelante se analizarán.

La historia del arbitraje se refleja en la historia procesal de Roma, en las primeras etapas del desarrollo histórico del proceso de este pueblo de juristas, toda vez que se puede apreciar que tales formas eran muy cercanas al arbitraje, puesto que los magistrados o funcionarios públicos, sólo entregaban a las partes una fórmula que éstas llevaban ante un juez privado que era quien resolvía el conflicto.¹⁹¹

Armando Valle González, define el arbitraje como “ el mecanismo de solución de controversias acordado por las partes en virtud del cual un tercero, nombrado por ellas mismas o de acuerdo al procedimiento de designación que hallan elegido, resuelve el conflicto de manera definitiva.”¹⁹²

Siguiendo a Humberto Briseño Sierra, el arbitraje es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares. Ciertamente es un procedimiento privado por lo convencional que estructuralmente se caracteriza por “una relación jurídica triangular en cuyo vértice superior se encuentra el árbitro, que es el sujeto ajeno a los intereses en disputa y llamado por la mismas partes para componer las diferencias que les separa. En contraste con el proceso judicial, el arbitraje es más dúctil y maleable.”¹⁹³

¹⁹¹ Gómez Lara, Cipriano. op cit. p. 33

¹⁹² Valle González, Armando y Fernández Varela Mejía Héctor. “Arbitraje Médico. Análisis de 100 casos.” Ed. Editores JGH. México. 2000. p. 84

¹⁹³ Briseño Sierra, Humberto. El Arbitraje Comercial, Ed. Limusa. México, D.F. 1979. p 11.

“El arbitraje es, por su estructura, parecido a un juicio en cuanto a que es un tercero quien decide sobre el caso que se le presenta y las partes aceptan esa decisión: sentencia, en el caso de un juicio; laudo, en el caso del arbitraje. No existe comunicación directa entre las partes sino a través de los abogados que hacen su presentación ante el árbitro.”¹⁹⁴

En este sentido, el arbitraje es aquella institución jurídica por la que dos o mas personas establecen que su controversia específicamente determinada, sea resuelta conforme a un procedimiento legalmente establecido por un tercero o terceros, a los que se designan voluntariamente y a cuya decisión expresamente se someten, ya sea ésta dictada conforma a derecho, ya conforme a equidad.¹⁹⁵

Por su eficacia y recurrente aplicación internacional, en México el arbitraje a recobrado relevancia en las últimas dos décadas. Así mismo, la saturación del sistema judicial mexicano y la duración de los procedimientos judiciales obligan a los empresarios nacionales y extranjeros a explorar nuevas vías de solución de conflictos cuyo fin sea favorecer el comercio y las relaciones humanas.

“La globalización, como fenómeno actual inevitable, ha dado lugar a un mundo interrelacionado, mediante el cual el éxito de cada uno de nosotros depende de las relaciones que mantengamos con nuestros semejantes. Ante ello, es necesario pensar en un sistema de resolución de controversias que conserve la relación comercial con la contraparte y no destruirla.”¹⁹⁶

¹⁹⁴ Gottheil, Julio y Schiffrin, Adriana et. al (compiladores), op. cit. p 41.

¹⁹⁵ Merino Median, José Fernando, Chillón Medina, José María. “Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional.” Segunda edición. Editorial Civitas, Medios Alternativos de Solución de Controversias. España. 1991. p 102.

¹⁹⁶ Valle González, Armando y Fernández Varela Mejía Héctor. pp. cit. p. 84

Armando Valle González y Héctor Fernández Varela Mejía precisan como ventajas del arbitraje:

1.- Flexibilidad.- Puesto que el procedimiento está diseñado por acuerdo de las partes en función de sus necesidades, las reglas son flexibles con menos formalidades y menos contenciosas.

2.- Rapidez.- La falta de formalidades excesivas favorece al procedimiento arbitral.

3.-Confidencialidad.- Al no existir obligación de publicar el estado del procedimiento y las decisiones tomadas en los laudos.

4.-Especialización de los terceros.- Que ofrece la posibilidad de elegir a especialistas en la materia, lo que favorece el cumplimiento voluntario de las resoluciones.

5.- Independencia e imparcialidad de los terceros. – Que impone la obligación a los árbitros frente a las partes en relación con los puntos controvertidos.

6.- Ejecutabilidad del laudo.- Las legislaciones interna e internacionales han establecido acuerdos que aseguran su ejecución.¹⁹⁷

Elena I. Highton y Gladis S. Ivarez, opinan que la heterocomposición sirve como medio para arribar al arbitraje como forma heterocompostiva de solución de conflicto, toda vez que se designa a un

¹⁹⁷ Loc. cit.

tercero que actúa por voluntad acorde de las partes, ocurriendo la heterocomposición pura exclusivamente en el proceso judicial.¹⁹⁸

El arbitraje es una forma de solución de conflictos pacífica, aceptada y reconocida por el derecho mexicano y por el derecho internacional, expedita, eficiente y confidencial en el que las partes designan al especialista que resolverá la controversia en un laudo con carácter vinculatorio. Sin embargo, esta figura está más encaminada a conflictos de carácter económico y político, la cual no brinda un escenario muy confortable para someter conflictos de relaciones familiares, pues no en nada se enfoca a la comunicación entre las partes para encontrar el verdadero origen del detrimento de la relación, sino a conflictos ya delimitados sobre los que urge una solución.

El someter un conflicto de relaciones familiares al arbitraje, sería como someterlo a un juicio, en el que existe un tercero que decide y vincula a su determinación, en el que si bien es cierto es más pacífica su solución, también lo es que la única ventaja con que se cuenta es que será más rápido y puede estar en manos de especialistas, pero sin existir un contacto directo, como en todo caso si existe con un juez en un juicio.

Por todo lo anterior, se reitera como una opción, acudir a la mediación para la solución de conflictos de relaciones familiares, que son más personalizados, humanos y de acuerdo a sus necesidades.

B. Proceso Judicial:

¹⁹⁸ Highton, Helena I. y Álvarez Gladis S. "Mediación para resolver conflictos". Ed. Ad- hoc. Buenos Aires, Argentina. 1998. p. 96

Cuando un tercero ajeno que decide el conflicto es un órgano jurisdiccional del Estado, un juzgador, con facultades no sólo para emitir una resolución obligatoria para las partes, sino también para imponerla por sí mismo en forma coactiva, estaremos frente al proceso.¹⁹⁹

El Proceso implica una serie de actividades que se deben llevar a cabo para obtener una providencia jurisdiccional, constituyendo una certeza para el individuo que solicita justicia, saber cuales son los actos que debe realizar.²⁰⁰

Como forma más institucional y evolucionada de solución de la conflictiva social, el proceso jurisdiccional, es el conjunto de actos desenvueltos por un órgano estatal jurisdiccional, por las partes interesadas y terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que están proyectados y convergen en el acto final de aplicación estatal de una ley general al caso concreto controvertido, para dirimirlo o solucionarlo, es decir, en el acto por el cual se sentencia.²⁰¹

Así, en esta forma heterocompositiva de resolver conflictos es un tercero, experto en derecho, quien decide sobre el conflicto, mediante el desarrollo de ciertos actos previamente determinados por la Ley, con el fin de llegar a una sentencia, que deberá cumplirse por las partes, incluso de forma coercitiva si es necesario, pues la misma constituye la norma abstracta en el caso concreto.

La finalidad de este conjunto de actos coordinados es la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación con un bien que se presenta

¹⁹⁹ Ovalle Fabela, José. op. cit. p. 31

²⁰⁰ Calamandrei, Piero. op. cit. pp. 68 y 70

²⁰¹ Gómez Lara, Cipriano. "Teoría General del Proceso." op cit. p. 33

como garantizado por ella), por parte de los órganos de la jurisdicción. Así en el proceso se desarrolla una actividad de los órganos públicos encaminados al ejercicio de la función estatal²⁰²

En cuanto más se afirma la organización política de la sociedad, tanto más se restringe el campo de la autodefensa, no en virtud de un contrato entre los poderes públicos y el particular, sino por la natural expansión de los fines del Estado. Mientras por una parte se regulan las relaciones entre los particulares con normas legales cada vez más numerosas y precisas, por otra se provee con el proceso a asegurar la observación de esas normas. El proceso se convierte así en un instrumento de justicia en manos del Estado, en el que la violencia privada es reprimida con enérgicas sanciones.²⁰³

La función pública desarrollada en el proceso consiste en la actuación de la voluntad de la ley, en relación con un bien de la vida que el actor pretende, garantizado por esa ley. La función de los órganos jurisdiccionales es afirmar y actuar esa voluntad de la ley, así la actividad de los jueces se dirige a dos objetivos distintos: examen de la norma como voluntad abstracta de la ley (cuestión de derecho) y examen de los hechos que la conviertan en concreta (cuestión de hecho), resultando de su actividad la voluntad de la ley, tal como la afirma el actor, reconocida en una sentencia.²⁰⁴

“En vez de que cada presunto titular de facultades jurídicas decida acerca de la existencia de las mismas y pretenda hacerlas valer por

²⁰² Chiovenda, Giuseppe. “Curso de derecho procesal civil. Biblioteca clásicos del derecho.” Primera Serie. Vol. 6. Ed. Oxford University Press México, S.A. de C.V. México, D.F. 2003. p. 19

²⁰³ Ibidem p. 20

²⁰⁴ Ibidem. p.21

medio de la fuerza, el Estado se substituye al él y, en ejercicio de su soberanía, aplica el derecho al caso incierto o controvertido. El pretensor no puede ya, de acuerdo con este orden de ideas, hacerse justicia por propia mano, sino que tiene que ocurrir a los órganos jurisdiccionales, a fin de que determinen si las facultades que realmente se atribuye existen realmente y, en caso necesario, ordenen su satisfacción, incluso por medios coactivos.”²⁰⁵

Por ello, la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, en el artículo 17, establece la prohibición de hacerse justicia por sí mismo y ejercer violencia para reclamar un derecho, pues se tiene que acudir al órgano jurisdiccional a que se le administre justicia por los Tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijan las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial y de manera gratuita.

Esta forma de solución de conflictos establecida por el Estado, para evitar la justicia por si mismos, se ha convertido en una práctica de enfrentamiento entre las partes, que en muchas de las veces no satisfacen del todo sus intereses, originando desgaste tanto emocional como económico, además de convertir el proceso judicial en largo y tedioso.

En relación con lo anterior, Cipriano Gómez Lara señala que el proceso jurisdiccional no es sino un instrumento de aplicación del derecho, y, como todo instrumento puede ser bien o mal empleado; por ello el proceso en sí no puede calificarse de bueno o malo. La finalidad ideal que debe perseguir es la de solucionar controversias para lograr el

²⁰⁵ García Máynez, Eduardo. op. cit. p. 228

equilibrio, la paz y la tranquilidad social, si éstas no se llevan a cabo no dependerá ello del proceso, sino de los hombres que lo manejan. El problema del proceso no es de eliminación, sino de perfeccionamiento.²⁰⁶

Vinculado a lo anterior, el Estado, prevé mecanismos de vigilancia y supervisión de quienes desempeñan un cargo en el órgano jurisdiccional, mediante procedimientos disciplinarios, civiles, administrativos y penales, a fin de garantizar la función jurisdiccional, pero debemos estar consientes que la corrupción, las dilaciones y los excesivos gastos, entre otras, son propiciadas por las propias partes o los abogados, quienes en afán de obtener sentencia favorable, hacen todo lo que este a su alcance.

Se debe cambiar la cultura de la lucha, en el proceso judicial, el cual no sólo debe de ser garantizado por el Estado, sino por las propias partes, por qué cuantas de las veces saturan a los órganos jurisdiccionales con recursos improcedentes o con situaciones menos honestas como el basarse en hechos falsos, que con la pericia de un ágil abogado se logran acreditar.

Para Jeremy Bentham, las reglas del procedimiento judicial, son la rectitud en las decisiones, celeridad, economía y eliminación de obstáculos superflos, señalando que la rectitud en las decisiones constituye el fin directo y los otros tres sólo fines colaterales, en los que requiere por parte del legislador, una habilidad y una firmeza extraordinaria, porque en esa carrera hay que luchar más que en ninguna otra contra intereses seductores. Se trata de evitar inconvenientes

²⁰⁶ Gómez Lara, Cipriano. "Teoría General del Proceso." op. cit. p.33.

accesorios en los cuales prepondere el daño (es decir, que, hecho el balance de sus efectos, el mal sobrepase el bien.)²⁰⁷

De acuerdo con las reglas del procedimiento si un juez, absuelve al acusado a quien cree culpable según los términos de la ley; si hace perder a un ciudadano un derecho que, conforme a su persuasión, la ley quería conservar; en una palabra si el juicio lleva a un desenlace contrario al tenido según la integridad de un juez, se podrá estar seguro de que las reglas son malas.²⁰⁸ Sin embargo, por ello el legislador debe poner atención en estas situaciones a fin promover reformas que perfeccionen las normas procesales.

Tratándose de conflictos familiares, muchas de las veces el proceso judicial, no siempre proporciona un ambiente cordial que facilite no sólo una solución jurídica, sino real y profunda del conflicto, como nos ofrecen otras formas de solución, entre ellas la mediación, sin embargo, es de reconocer que los Jueces en esta materia, cada vez están más capacitados, no sólo jurídicamente, sino también en otras áreas que coadyuvan en el desarrollo de su trabajo cotidiano, que permite sensibilizar en la medida de lo posible a las partes en conflicto, logrando muchas de las veces que lleguen a convenios judiciales satisfactorios, con la certidumbre jurídica que a lo que se obliguen en ellos, deberá cumplirse o podrá exigirse coercitivamente.

El estudio y nuevas formas de soluciones de conflicto, en realidad son beneficiosas para el proceso judicial, pues aportan nuevos enfoques y crean nuevos perfiles en los Jueces y en las propias partes en conflicto,

²⁰⁷ Bentham, Jeremy. "Tratado de las pruebas judiciales." Serie clásicos del derecho probatorio. Vol. 1. Ed. Editorial Jurídica Universitaria. Nicolás Romero, Edo. México. 2002. p. 3 y 4

²⁰⁸ Ibidem. p. 3

al sensibilizarlos sobre las desventajas de alargar procesos y ventajas de resolverlo mediante convenio judicial.

Por ello, paralelamente al procedimiento judicial, la mediación es una alternativa más para resolver los conflictos, la cual equilibra los efectos del mismo, dando pautas para evitar y/o prevenir futuros problemas que normalmente serían más graves, con las ventajas de un procedimiento flexible, confidencial, rápido, económico, voluntario e imparcial, en el que las partes con la ayuda de un tercero llamado mediador y de los comediadores con conocimientos de diversas disciplinas facilitan el acercamiento y comunicación entre las partes, a fin de que ellos mismos propongan la solución a su conflicto mediante la negociación, para finalizar con la formalización de un acuerdo con el que ambas partes estén satisfechas, conservando así plenamente el poder de decisión sobre la solución de conflictos.

La mediación tiene gran trascendencia sobre todo en la solución de conflictos familiares, en los cuales influyen circunstancias especiales por los lazos de sentimientos y afectos que existe entre sus miembros, que son los que muchas de las ocasiones no permiten una rápida solución, convirtiéndose en un círculo interminable de conflictos, mientras no haya un entendimiento entre las partes que los concientice del daño que se seguirán causando.

CAPITULO TERCERO.- Los métodos alternativos de solución de conflictos y la experiencia en el derecho mexicano e internacional.

I. Métodos Alternativos de solución de conflictos

Cabe hacer una primera reflexión, los conflictos siempre han existido desde que el hombre ha convivido en sociedad, variando la forma de resolverlos a lo largo de la historia humana, con una notable evolución cuando el Estado en afán de mantener una paz social, prohibió la autotutela y estableció formas de su solución, mediante órganos especializados encargados de administrar justicia, llamados órganos jurisdiccionales, que constituyen el Poder Judicial de los Estados, quienes no han sido la excepción de verse inmersos en la problemática originada por el aumento de población, que ha propiciado que se vean saturados de asuntos, ocasionando con ello deficiencias como dilaciones, gastos, desgaste emocional como económico, entre otros. Por ello, es justificado que paralelamente a la función jurisdiccional, se de paso a la utilización de otros métodos alternativos de solución de conflictos, que brinden otras opciones en beneficio de las partes, sin que ello signifique sustituir a los órganos jurisdiccionales.

“Al contemplar en un conflicto solamente los aspectos jurídicamente relevantes se disminuye la participación de las partes y se ignora el ambiente social, se reprime la emotividad, es decir, se olvida lo sociológico y lo psicológico del conflicto y además de abordar parcialmente el mismo, quedan menos posibilidades de resolverlos por medio de arreglos.”²⁰⁹

²⁰⁹ Caballero Harriet, Fco. Javier. op. cit. p. 2

La excesiva carga de trabajo y el alto costo de los litigios, en los tribunales, ha generado la utilización de otros métodos alternativos de solución de conflictos, tales como el arbitraje, la conciliación y la mediación, los cuales, son usados actualmente de manera cada vez más frecuente en diferentes países del mundo.²¹⁰

“La institución judicial se ha visto sacudida por hechos que la desacreditan y que determinan, inclusive el enjuiciamiento o la remoción de los jueces. En algunas encuestas, el sistema de justicia ocupa un bajo sitio de confianza del público, otro tanto se puede decir de los abogados, todo ello en perjuicio de las aisladas excepciones y de que ciertas ramas de la judicatura se hallen mejor colocadas en la opinión pública que otras. Desde luego, a esto es preciso agregar, de manera muy importante, al desconocimiento que existe sobre la función jurisdiccional, sus posibilidades y limitaciones, así como los perjuicios sembrados por condenas sociales anticipadas.”²¹¹

Se habla de una crisis del juzgador, Calamandrei ha sostenido con frase elocuente: “Los jueces son como los que pertenecen a una orden religiosa. Cada uno de ellos tiene ejemplo de virtud, sino quiere que los creyentes pierdan la fe”; y agrega: “Tan elevada es nuestra estimación la misión del juez y tan necesaria la confianza en él, que las debilidades humanas que no se notan o se perdonan en cualquier otro orden de funcionarios públicos, parecen inconcebibles en un magistrado”²¹²

²¹⁰ Elizondo Gasperín, Ma. Macarita. “Relación entre las partes, los jueces y los abogados.” XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. Asociación Internacional de Derecho Procesal. Instituto Mexicano de Derecho Procesal. Ed. IURE Editores. México, D.F. Septiembre 22 –26. 2003. p. 322

²¹¹ *Ibidem.* p. 327

²¹² *Ibidem.* p.326

“Los estudios científicos y de opinión se concentran, sobre todo, en tres aspectos de la actuación del juzgador: confiabilidad, credibilidad y eficacia. Es preciso que sea probo y que la sociedad considere que lo es.”²¹³

Como consecuencia de lo anterior, el Estado debe establecer nuevas formas de solución de conflictos que constituyan alternativas confiables para los gobernados, con los beneficios de ser procedimientos rápidos, económicos, flexibles, voluntarios e imparciales, como la mediación, arbitraje y conciliación; que paralelamente al proceso judicial, brindan a los gobernados diversas posibilidades de acuerdo sus necesidades, dejando al proceso judicial como la última instancia para acudir a resolver un conflicto, a fin de evitar contiendas desgastantes, sobre todo en conflictos familiares, en los que el someterse a un proceso judicial, puede provocar más daños de los originalmente existentes por el mismo conflicto, deteriorando las relaciones que casi siempre continúan, en el caso de existir hijos menores de edad, por los derechos y obligaciones que dispone la ley, siendo ellos, en quienes repercute más las consecuencias negativas del conflicto.

Efectivamente, se ha vuelto cotidiano que los Tribunales obtengan la desconfianza de los gobernados, toda vez que muchas de las veces únicamente se resalta lo negativo que sucede en un Juzgado, omitiendo tomar en cuenta circunstancias como las relativas a que el personal cada vez se ha convertido en insuficiente ante las excesivas cargas de trabajo, obligándolos cubrir muchas de las veces jornadas extras, incluso a las previstas por la ley; contando por otra parte con bajos salarios e instalaciones no idóneas, por tener reducidos espacios, con poca

²¹³ Ibidem.

ventilación, así como inmuebles y material insuficientes para el desempeño de la función. Por ello, así como se ha realizado descrédito del sistema de justicia, también debe reconocerse el trabajo que existe en cada acto que se realiza en la función jurisdiccional. Sin que pase desapercibido que muchas de las veces el desprestigio lo realizan los propios abogados litigantes, quienes para justificar sus ineficiencias con sus clientes, se escudan en que hubo corrupción o son errores del órgano jurisdiccional.

Es innegable que el sistema judicial en nuestros días frente a los conflictos interpersonales de las sociedades modernas, sea insuficiente y desgastado para atenderlos con celeridad y eficiencia; ocasionando sobre todo en el último siglo, el surgimiento de un fuerte movimiento encaminado a encontrar otras vías de solución de conflictos que, en forma alternativa a las vías judicial, coadyuven a la solución de controversias entre las personas, dirigiéndose a la búsqueda de formas no adversariales ni adjudicatorias en las que de manera autocompositiva, se puedan resolver los conflictos, devolviendo a las partes su protagonismo en la posibilidad de solucionarlos por sí mismas en forma pacífica y satisfactoria.²¹⁴

Efectivamente, reflexionando en factores como lo tedioso de un proceso, su costo, el desgaste de las partes, la duración, entre otros, en relación con el uso de métodos alternativos de conflictos, con figuras como la conciliación, mediación y arbitraje ofrecen las ventajas de una solución más ágil y colaborativa de las partes, cuya voluntad decide la solución del conflicto.

²¹⁴ Memoria 2002-2003, II Congreso Nacional de Mediación. "Hacia una mediación en sede judicial." Tribunal Superior de Justicia del D.F. Consejo de la Judicatura del D.F e Instituto de Investigaciones Jurídicas U.M.A.M. p. 4

Planteada la noción del conflicto, su realidad social, así como las diferentes formas de resolverlo, los métodos alternativos ofrecen una manera más personalizada en su solución, sin ser adversariales, son más rápidos y menos costosos. Así el arbitraje, la mediación y la conciliación ofrecen otras alternativas en la solución de conflictos, de acuerdo a las necesidades de las partes, pues el arbitraje ha sido utilizado más en materia comercial, mientras que la mediación y la conciliación en un campo más amplio de conflictos, toda vez que posibilitan el diálogo, resaltando que han tomado gran relevancia en asuntos familiares, porque sus técnicas encaminan a la solución real del conflicto, preservando las relaciones y previniendo futuros conflictos, en situaciones donde indudablemente deberán continuar esas relaciones.

Los métodos alternativos en la solución de conflictos familiares, cobra gran importancia para el Estado, dado que la materia familiar es de orden público e interés general, y por ello el Estado se encuentra obligado a implementar formas de solución que sean más personalizadas y humanas, posibilitando un mejor ambiente para célula más importante de la sociedad, que es la familia y de cuya estabilidad, depende el desarrollo integral de sus miembros.

En realidad, las enormes dificultades de una buena organización del proceso agravan el costo, comprometen su rendimiento y contribuyen a que la solución contractual predomine notablemente en balance, sobre la solución judicial. Esta consideración explica la inclinación de los prácticos a favorecer las transacciones (más vale una mala transacción que un buen pleito).²¹⁵

²¹⁵ Camelutti, Francesco. op cit. p. 28

La experiencia de otros países, ha propiciado que cada vez sea más utilizada la justicia alternativa, sirviendo de base a los países en los que aún nos falta una cultura alterna de solución de conflictos. Estas experiencias deben ser adaptadas a nuestra realidad social, pues se necesita la cooperación de las partes, abogados y de los propios jueces que desarrollen dentro del proceso judicial, técnicas encaminadas a concientizar a las partes de llegar a una solución pacífica de sus conflictos mediante la negociación que se plasme en el convenio judicial, que se adecúe a las necesidades y posibilidades reales de las partes para su cumplimiento, sobre todo en materia familiar, atento a la sensibilidad con que deben ser tratados esos conflictos.

La solución de conflictos afronta cada vez mayores desafíos, por lo que el Estado en afán de procurar la paz social, debe ofrecer diversas formas de solución, que de opciones a los gobernados de elegir la forma que más se adecue a sus necesidades, impulsando la cultura de la paz como prevención y solución del conflicto, sobre todo contiendas familiares en donde debe procurarse la tolerancia entre sus miembros por los especiales lazos y sentimientos de afecto que los unen.

Durante los últimos 10 años, los abogados se han dado cuenta de que el modelo de confrontación les deja una única herramienta en sus manos, lo que puede recordarles el refrán *"si tu única herramienta es el martillo, todo parece un clavo"*. Todos los problemas de sus clientes empiezan a parecer clavos, al ser el martillo de la confrontación el único enfoque. Pero el caso de cada cliente es único, y tener una caja de herramientas llena de diversos instrumentos de solución, se ha convertido en una necesidad para la práctica de la buena abogacía. Diagnosticar el caso y adecuarlo al proceso de solución más apropiado se ha convertido en una

habilidad valiosa para enfrentarse de la mejor manera a las necesidades de los clientes. Sandra Day O'Connor describe que en un buen sistema legal, los tribunales no deben ser el lugar donde comiencen las soluciones de las disputas, sino los espacios donde finalicen, después de haber examinado e intentado los métodos alternativos de solución.²¹⁶

El movimiento que comienza a prosperar para la resolución alternativa de las disputas solía considerarse sólo como un método para desatascar los registros judiciales de las molestias de disputas menores, sin embargo es una herramienta vital para abogados y tribunales.²¹⁷

“Ofrecen mayores posibilidades a las partes de participar efectivamente y controlar más de cerca el proceso de solución de sus conflictos que los métodos tradicionales. Casi todos éstos métodos se han desarrollado en el sector privado, aunque los tribunales y los órganos administrativos ha empezado a copiar las técnicas más eficaces.”²¹⁸

Este movimiento se le ha denominado de diversas formas, en el derecho anglosajón se les llama “ADR” o “Resolución Alternativa de Litigios” (Alternative Dispute Resolution), MASC o Métodos Alternativos de Solución de Controversias”, en otros países como Argentina, se les denomina “Resolución Alternativa de Conflictos.”

II. La experiencia en México

La figura de la conciliación cuenta con una tradición y práctica como medio de solución de controversias, hasta ahora no se utiliza de forma

²¹⁶ Grover Duffy, Karen y et. al. “La mediación y sus contextos de aplicación, una aplicación para profesionales e investigadores.” Ed. Paidós. México, D.F. 1996. p. 229

²¹⁷ Ibidem. p. 230

²¹⁸ Singer. LR. “Resolución de los conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal.” Ed. Paidós, Buenos Aires, Argentina. 1996. p. 17.

privada y sólo se aplica con la intervención de la autoridad gubernamental en controversias laborales y de protección al consumidor, así como una etapa en el proceso judicial. El arbitraje ha sido utilizado más a nivel privado en el ámbito comercial. La mediación, como medio privado de solución de conflictos, comienza a ser conocida ganando crédito y aceptación como una figura nueva en México, la cual ha sido motivo la mirada del poder judicial quien en un afán de modernizar el acceso al gobernado a otras formas de solución de conflictos de manera pacífica, ha estado trabajando con proyectos encaminados a proporcionar servicios de mediación, conciliación y arbitraje, destacando que incluso como en el caso del Distrito Federal, el proyecto de justicia alternativa inició con la mediación en materia familiar.

Se han instalado programas de mediación en casi la mitad de los Estados que forman la República Mexicana; predominado estos, en sede judicial, un porcentaje minúsculo es el que ocupan los programas de mediación privada.

“En septiembre del 2001, el LALIC – Consejo para las iniciativas Jurídicas de Latinoamérica de la *American Bar Association* (ABA), la sección de Resolución de Controversias de la propia ABA y *Freedom House* iniciaron un proyecto para incrementar el uso de la mediación en México. Este proyecto es auspiciado por la USAID/México y funciona como catalizar y promotor-impulsando el uso de la mediación en México- en la forma que las personas e instituciones locales estimen conveniente – creando oportunidades para el diálogo, el aprendizaje y el desarrollo.

“219

²¹⁹ Proyecto para la mediación en México ABA/USAID. Sección General. Presentación del Proyecto. Boletín N° 2. Año 1. Invierno 2003/2004. México. p. 1

El proyecto ABA/USAID para la mediación en México se integra por representantes de los siguientes estados e instituciones: Aguascalientes, Baja California Sur, Distrito Federal, Guanajuato, Jalisco, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tabasco, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Centro de Mediación Notarial, Instituto de la Judicatura Federal, Instituto Mexicano de la Mediación y la Suprema Corte de Justicia de la Nación.²²⁰ Incorporándose al proyecto en el 2003, los Estados de Chihuahua, Colima, Nayarit y Tamaulipas.²²¹

Los líderes de los Poderes Ejecutivos y Judicial de estos Estados participan en un Comité Asesor que guía la administración e implementación de los recursos y servicios del Proyecto. Estos líderes impulsaron la creación de planes locales estratégicos en 2002, por medio de los cuales se creó una visión de la mediación en México y se diseñó el plan para alcanzar ésta visión.²²²

Las organizaciones que apoyan el proyecto son:

- a) **La American Bar Association** .- Otorga créditos para las carreras de derecho, educación legal continua, información jurídica, programas para apoyar a jueces y abogados en su práctica profesional, e iniciativas para implementar el sistema legal en la sociedad en general. Sus miembros representan la mitad de los abogados de los Estados Unidos e incluyen a jueces, funcionarios de tribunales federales, ejecutivos de las barras, académicos de las

²²⁰ Mediación en México. Proyecto ABA/USAID. Vol. 1. Folio 1. Diciembre 2002. p. 1

²²¹ Proyecto para la mediación en México ABA/USAID. Información sobre las organizaciones que apoyan el proyecto. op. cit. p. 2

²²² Proyecto para la mediación en México ABA/USAID. Sección General. Presentación del Proyecto. op. cit. p. 1

escuelas de derecho, profesionales de derecho penal, miembros de comisiones administrativas, economistas de organizaciones industriales, administradores de oficinas legales, asistentes legales y bibliotecarios legales. Su objetivo consiste en ser la representante nacional de la profesión legal en los estados Unidos, apoyando a la sociedad y a la profesión mediante la promoción de la justicia, la excelencia profesional y el respeto a la ley.

b) La USAID.- La Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, es la agencia federal independiente responsable por desarrollar, implementa y administrar la asistencia económica y humanitaria de los Estados Unidos en el exterior. En 1961 el Presidente Jhon F. Kennedy transformó un proyecto llamado el Proyecto de Ley de Asistencia Exterior en ley y a través de su decreto creó USAID. Brinda asistencia a países que se recuperan de un desastre, tratan de salir de la pobreza y se realizan reformas democráticas.

c) La Freedom House .- Dirige una red de investigaciones en Estados Unidos y otros países, sobre abogacía, ecuación e iniciativas de capacitación para promover los derechos humanos, la democracia, las economías de libre mercado, el estado de derecho, la independencia de medios de comunicación, así como el involucramiento de los Estados Unidos en asuntos internacionales.²²³

²²³ Proyecto para la mediación en México ABA/USAID. Información sobre las organizaciones que apoyan el proyecto. op. cit. p. 2

En uno de los pronunciamientos vertidos en el marco del II Congreso Nacional de Mediación, celebrado en septiembre del 2002 en la Ciudad de México, se estableció el compromiso de los participantes para excitar el trabajo legislativo tendiente al desarrollo de una cultura de la mediación, llegando, de ser posible, a reformas constitucionales que abarcaran la reforma al propio Artículo 17 de nuestra Carta Magna, Don Juventino V. Castro, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, declaró en la apertura de un congreso en la Ciudad de México que “la mediación es una afirmación de nuestro sistema judicial constitucional” pues lo que prohíbe el Artículo 17 es hacerse justicia por sí mismo o ejercer violencia para ello, pero no establece dicho precepto que los tribunales sean la única vía para alcanzar la justicia

Enseguida se enumeran diversos Estados de la República Mexicana que tienen o están implementado métodos alternativos de justicia.

A) Sonora: En la Universidad de Sonora surge el proyecto de creación del Centro de Mediación Familiar y Comunitaria, el cual inició sus actividades en el 2000, además dicha Universidad contempla en su plan de estudios la materia de mediación familiar.²²⁴

B) Nuevo León: Fue el primero en incorporar la conciliación penal en delitos con penalidades que no rebasen 3 años de prisión y que no se trate de delitos graves, imponiendo al Ministerio Público la obligación de procurar conciliación en el artículo 3° del Código Penal y en el 369 del Código de Procedimientos Penales dispone

²²⁴ Márquez Algara, Ma. Guadalupe. “Mediación y Administración de Justicia. Hacia la consolidación de una justicia participativa.” Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos y la Universidad Autónoma de Aguascalientes. México. 2004.p. 157

que el sobreseimiento procederá, cuando aparezca que la responsabilidad penal esta extinguida o se logre conciliación.²²⁵

C) Morelos: En el Código Penal y Adjetivo, se estableció la conciliación, no sólo en la instrucción sino en la averiguación previa. El artículo 589 del Código Civil contempla la revisión judicial de la decisión de un árbitro, en realidad se trata de homologación, porque el fallo judicial podrá confirmar o revocar la decisión del árbitro, sin que se pueda impugnar la decisión en recurso ordinario.²²⁶

D) Quintana Roo: El primero en establecer la conciliación, Mediación y arbitraje como mecanismos de solución de controversias en la Constitución y expide la Ley de Justicia Alternativa dando validez y efectos jurídicos de laudo a la resolución definitiva, y de no resolverse el conflicto podrá acudir al órgano jurisdiccional. Se crea el Centro de Justicia Alternativa, encargado de sustanciar mediación, arbitraje y conciliación, estipulando facultad y obligación del Director, solicitar ante el Juez competente, a petición de parte, la ejecución de los acuerdos, convenios y laudos derivados de sus funciones.²²⁷

E) Colima: El Pleno del Supremo Poder de Colima presentó una iniciativa de ley para promover reformas a su Constitución estableciendo el derecho a resolver controversias de carácter jurídico mediante la justicia alternativa, con procedimientos no

²²⁵ Herrera Trejo, Sergio. op. cit. p. 63

²²⁶ Ibidem. pp. 66 y 67

²²⁷ Ibidem. pp. 67 y 68

jurisdiccionales. Se creó el Centro Estatal de Mediación el cual funciona de acuerdo a la Ley de Justicia Alternativa.²²⁸

Presta sus servicios en mediación y conciliación.

F) Querétaro: En 1999 el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del estado aprobó la creación de un Centro de Mediación como una unidad dependiente de la Presidencia, el cual presta sus servicios en conflictos familiares, civiles, mercantiles, penales y vecinales.²²⁹

G) Baja California Sur: Opera el Centro de Mediación, que inauguró el Tribunal Superior de Justicia, con apoyo del Ejecutivo Estatal.²³⁰

Ofrece los servicios de conciliación y mediación en materia civil, penal (delitos de querrela), mercantil y familiar, así como asuntos vecinales y comunitarios, con una orientación hacia los casos de índole familiar.²³¹

H) Aguascalientes: El apoyo económico otorgado por la SEDESOL, la ANUIES, y la fundación Ford, al otorgar el primer premio del concurso al mejor proyecto de servicio social comunitario, hizo posible que se adquiriera mobiliario y equipo de cómputo para el Centro de Mediación Familiar que inició sus actividades en el 2001.²³²

²²⁸ Ibidem. pp. 71 a 74

²²⁹ Solorio Lozada, Libia. Evolución de la mediación familiar en el sistema de justicia mexicano. Experiencia en el Centro de mediación del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro. III Coloquio Nacional sobre Justicia Alternativa.

²³⁰ Herrera Trejo, Sergio. op. cit. p. 87

²³¹ Márquez Algara, Ma. Guadalupe. op. cit. p.180

²³² Ibidem. p. 184

- I) **Distrito Federal:** La reforma de veinticuatro de abril del 2003, a la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, estableció en el artículo 200: “*El Consejo de la Judicatura del Distrito Federal esta facultado para expedir acuerdos generales para ... el desarrollo de programas de soluciones alternativas de controversias.*” Es así, que mediante acuerdo del Pleno del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal se creó en el 2003 el Centro de Justicia Alternativa y aprobó “Las Reglas de Operación” que contiene los lineamientos de su funcionamiento, estableciéndose en su primera etapa sólo el servicio de mediación en materia familiar.²³³ Asimismo, en el 6 de septiembre del 2004, se reformó el Código de Procedimientos Civiles estableciéndose en el artículo 205, la facultad para acudir al Centro de Justicia Alternativa, con la crítica a que la mediación la reguló el legislador como conciliación, toda vez que dispone que “*El mediador propondrá lo que mejor convenga al interés superior de los menores...*”, cuando en la mediación el mediador no puede proponer, toda vez que la solución la deben dar las partes, el mediador es un mero facilitador de la comunicación, que a diferencia con la conciliador si puede proponer, con lo que se estar previendo una conciliación extrajudicial.
- J) **Puebla:** Cuenta con el Centro Estatal de Mediación como un órgano administrativo adscrito al Tribunal Superior de Justicia del Estado, que por acuerdo del Pleno autorizó su creación en el 2002, brinda los servicios en material familiar, civil, penal, mercantil, vecinal, agraria y laboral.²³⁴

²³³ Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa, publicado en el Boletín Judicial el 2-IX-2003.

²³⁴ Ibidem. 180

- K) **Guanajuato**: En el 2003 inició sus labores el Centro Estatal de Justicia Alternativa, quien depende del Poder Judicial y presta los servicios de mediación y conciliación en material civil y penal en delitos de querrela. Se reformó la Constitución local con base en una iniciativa presentada por el Tribunal de Justicia y se emitió la Ley de Justicia Alternativa.²³⁵
- L) **Tabasco**: El Centro de Conciliación Judicial de los Juzgados Civiles fue autorizado por el Consejo de la Judicatura del Estado, e instalado como una oficina independiente, al costado de los Juzgados Civiles, pero adscrito a uno de ellos, en el 2003, para lo cual realizaron la profesionalización de los secretarios conciliadores.²³⁶
- M) **Oaxaca**: Se creó un Centro de Mediación Judicial piloto, dependiente del Poder Judicial del Estado, que abrió en el 2002 mediante acuerdo del Pleno de Magistrados, reformándose en el 2002 la Constitución del Estado, que reconoce los Centros de Mediación y de Justicia Alternativa como auxiliares de la administración de justicia. También fue aprobada la Ley de Mediación para el Estado de Oaxaca, así como las pertinentes reformas al Código de Procedimientos Civiles, Código de Procedimientos Penales, Leyes Orgánicas del Poder Judicial como de la Procuraduría del Estado, con las que se reconoce la

²³⁵ Ibidem. pp. 200 y 201

²³⁶ Ibidem. p. 207

mediación penal en asuntos de querrela y que no sean considerados como graves.²³⁷

N) **Jalisco:** Se creó el Centro de Resolución de Conflictos en 1997, teniéndose conocimiento que el Poder Judicial de Jalisco ha realizado un anteproyecto de Ley de Mediación, y que la Universidad Autónoma de Jalisco abrirá en breve un centro de mediación.²³⁸

O) **Estado de México:** Se encuentra el Centro de Mediación y Conciliación, inaugurado en el 2002 por el Consejo de la Judicatura de dicho Estado y es un órgano del Poder Judicial y depende del Consejo de la Judicatura. Han reformado el Código de Procedimientos Civiles y Penales, la Ley del Régimen de Propiedad en Condominio, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley para la Prevención y Atención de la Violencia Familiar; estableciéndose la oportunidad para mediar o conciliar antes, durante y después de un proceso judicial, en las materias familiar, mercantil, civil y penal (en reparación del daño).²³⁹

P) **Chihuahua:** En el 2003 se aprobó la Ley de Mediación, abarcando las materias civil, familiar y mercantil y penal en caso de que proceda el perdón del ofendido, tomando en cuenta el delito de que se trate; aunado a que no sea calificado como grave y de

²³⁷ Piedad Saavedra López ,Yadira. III Coloquio Nacional sobre Justicia Alternativa, México. Abril. 2004.p. 1

²³⁸ Márquez Algara, Ma. Guadalupe. op. cit. p.195

²³⁹ Ibidem. pp. 196 a 197

trascendencia para la sociedad. El Centro Estatal de Mediación, es desconcentrado del Poder Judicial del Estado.²⁴⁰

Lo anterior, demuestra el interés de los Tribunales para proporcionar nuevas alternativas a los gobernados para solucionar sus conflictos, pues se ha estado realizando desde el año 2000, proyectos en sedes judiciales, estableciendo Centros en los que se brinda el servicio en mediación, conciliación y arbitraje en diversas materias, y tras un arduo esfuerzo, se ha logrado reformar diversas legislación que contemplen métodos de solución alternativa, lo que constituye un nuevo enfoque en el derecho de mexicano.

No debe pasar desapercibido, que quienes integran los centros al pertenecer a sede judicial, son servidores públicos y se encuentran regulados por un régimen especial, independientemente de los Códigos de ética que se han propuesto en los Congresos de Mediación, para regular las conductas de los mediadores.

III. La experiencia en derecho internacional

Hablar de la experiencia a nivel internacional de los métodos alternativos de solución de conflictos, nos obliga a diferenciar la utilización de estos métodos en la solución de controversias internacionales y la experiencia de la utilización de estos métodos en los distintos países del mundo para solucionar los conflictos entre particulares.

²⁴⁰ Loc. cit. p. 200

Así, en la solución de conflictos internacionales, los Estados reconocen las bondades de los medios alternativos y recomiendan su empleo como en la Conferencia Internacional de la Haya, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos.

La Carta de la Organización de las Naciones Unidas determina que los estados miembros deberán privilegiar el uso de los medios pacíficos como la mediación. La experiencia de la guerra, debe evitarse entre los Estados integrantes de la ONU, antes de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adopte medidas, los Estados Americanos resolverán sus controversias a través del empleo de los procedimientos pacíficos.²⁴¹

El artículo 24 de la carta, enumera la negociación directa, buenos oficios, mediación, investigación, conciliación, arbitraje y el procedimiento judicial. También el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA) reconoce a los buenos oficios, la conciliación y la mediación.²⁴²

Así también, la UNCITRAL o CNUDMI (United Nations Commission on International Trade Law o Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) adoptó reglas de conciliación desde 1980. La Cámara Internacional de Comercio (ICC o CIC), por su parte cuenta con un Reglamento de Conciliación Facultativa, que por cierto hasta ahora a resultado de muy limitada utilización en la práctica. El Centro Internacional para el Arreglo de Controversias sobre Inversiones (International Centre for Settlement of Investment Disputes) conocido por

²⁴¹ Márquez Algara, María Guadalupe. " La mediación familiar como instrumento de protección de los derechos de los niños y adolescentes en Aguascalientes." op. cit. p. 115.

²⁴² Loc. cit.

sus siglas ICSID, cuenta con reglas de procedimiento para la conciliación de controversias en materia de inversiones.²⁴³

Los ejemplos de aplicación de los MASC son numerosos, siendo uno de los casos el sistema mixto de solución de controversias que se aplicó en el Programa Central de Aeropuerto de Hong Kong, consistente en el sometimiento de la controversia para resolución por un ingeniero, mediación, adjudicación y arbitraje, estipulándose que no se podría instituir la acción judicial, sino hasta que fuesen agotadas las fases anteriores.²⁴⁴

Cabe destacar que existe el Centro Carter, el cual realiza la mediación a nivel internacional. Jimmy Carter logró encuentros históricos como el de 1978, entre Answar Sadat, de Egipto y Menajem Beguin, de Israel, mediación que ha sido tan comentada por decenas de analistas y por el propio Carter en su libro autobiográfico *Keeping Faith*, que lo llevaron a los acuerdos de Camp David y el proceso de Paz en el cercano Oriente, en el que no obstante los líderes no congeniaron, Carter se encargó de mediar con ellos por separado, basado en la preocupación de ambos líderes, concentrándose en los principios generales y en los detalles difíciles del acuerdo posible.²⁴⁵

“Después de dejar la Casa Blanca, Jimmy Carter volvió a Georgia, y en 1982 formó el Centro Carter, cuya meta era centrarse en “cuestiones de política pública por medio del estudio y la investigación, congresos y publicaciones especiales no partidarias.” El programa sobre la Resolución

²⁴³ Estavillo Castro, Fernando. op. cit. p. 6.

²⁴⁴ Ibidem. p. 7

²⁴⁵ Deborah M. Kolb y asociados. “Cuando hablar de resultados. Perfiles de Mediadores.” Ed. Paidós, México, D.F. 1996. p. 300

de Conflictos de este centro asumió como principal tarea la formación de una "Red de Negociación Internacional." Esta red sería una asociación informal de individuos, universidades y organizaciones de todo el mundo, y entre sus objetivos se incluía la coordinación de los esfuerzos de resolución en conflictos internacionales."²⁴⁶

Los conflictos del "cuerno de África", que involucran a Etiopía y Sudán, decidieron a Carter a investigar en primer lugar la intervención en el cuerno de África, basado en la preocupación de la guerra, el hambre y los sufrimientos concomitantes, de modo que allí fue donde comenzó, logrando una tregua, que más tarde terminó reanudando la actividad militar, sin embargo, Carter y su equipo continuó reuniéndose por separado con partidos etíopes.²⁴⁷

De las reuniones de Camp David resultó un acuerdo, pero de las conversaciones etíopes no, por ello es claro ejemplo de que no siempre la negociación es posible, pero definitivamente debe seguirse procurando la solución de conflictos de manera pacífica, a fin de evitar guerras entre países, en donde se pierde más, toda vez que deja únicamente devastación, más pobreza y desintegración de las familias.

Carter también ha fungido como observador en elecciones en países como Nicaragua, con lo que está construyendo una institución desde la cual puede realizar diplomacia privada.

A continuación se describirán los siguientes países que han tenido experiencia con métodos alternativos de solución de conflicto.

²⁴⁶ Ibidem. p. 303.

²⁴⁷ Loc. cit.

A. AMÉRICA

1. **Bolivia:** Existen centros de conciliación integrados por vecinos relevantes, comerciantes y todos aquellos que tengan capacidad y formación para mediar, controlados por el Estado y desarrollan sus actividades en el seno de las comunidades. No esta regulada la mediación, toda vez que es utilizada en forma empírica, para regular contiendas vecinales, siendo el mediador una de las personas más destacadas de la comunidad.²⁴⁸

Cuentan con la Ley de Arbitraje y Conciliación.

2. **Brasil:** La conciliación, es la más utilizada, estando reglada en 2 instancias:

- a. La prejudicial que conoce de pequeñas faltas de carácter patrimonial, y si fracasa la conciliación se impone el arbitraje.
- b. La judicial que se practica en tribunales de justicia

No esta regulada la mediación.²⁴⁹

3. **Canadá:** En derecho laboral están prohibidas las huelgas y cierres patronales, sin agotar el llamado proceso *fac -finding*, el cual es considerado como una conciliación obligatoria. Su empleo actualmente esta confinado a sectores públicos y cuasi públicos. También es utilizada la conciliación voluntaria y se esta pensando en combinarla con la mediación para mayor eficacia.²⁵⁰

²⁴⁸ Garayo, Alicia Beatriz. "La mediación experiencia comparada." dentro de la obra compilada por Aiello de Almeida María Alba. "Mediación: formación y algunos aspectos claves." Ed. Porrúa, S.A. de C.V. y Facultad de Derecho. México. 2001. p 51

²⁴⁹ Ibidem. p. 52

²⁵⁰ Gottheil, Julio. et. al. pp. 106 a 108

Se legisla la mediación en el ámbito familiar en la Ley Federal de Divorcio en 1985, aunque desde 1970 se practica, al igual que en EEUU, de donde se tomó el modelo.²⁵¹

4. **Colombia:** En 1989 se promulgó el Decreto 2279 que implementa el sistema de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos; en 1991 expide la Ley 23 encargada de descongestionar los despachos judiciales; para 1998 se expide la Ley 446 que se pronunció sobre la descongestión de la justicia y los despachos judiciales; en el 2000 el Decreto 1214 hizo referencia a los Centros de Conciliación y Arbitraje; en el 2001 se exigió como prerequisite para adelantar una demanda.²⁵²

Todos los campos del derecho hay conciliación previa y obligatoria. Su conciliación no muestra diferencias con la mediación. Se efectúa en dos divisiones: conciliación ordinaria y contenciosa administrativa. La ordinaria es judicial y extrajudicial. Los Centros de Conciliación privados, exige que para los casos familiares y laborales, los conciliadores deberán acreditar capacitación especializada en la materia como conciliadores.²⁵³

5. **Costa Rica:** La Ley de promoción de la Paz Social N° 7727 de 26 de noviembre de 1997, regula procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje.²⁵⁴

²⁵¹ Garayo, Alicia Beatriz. op. cit. p. 53

²⁵² Arias Londoño, Alba. op. cit. p. 20

²⁵³ Garayo, Alicia Beatriz. op. cit. p. 53

²⁵⁴ Ibidem. p. 55

6. **Chile:** Existen Centros de Mediación como plan piloto y el arbitraje es el más utilizado. Existen jueces vecinales que resuelven los conflictos no familiares a través de la mediación.²⁵⁵
7. **Ecuador:** La Constitución de 1996, como la Ley RO/145 de 1997, se refieren a la mediación y la última también al arbitraje, contemplando dentro de éste último una audiencia de mediación una vez contestada la demanda o reconvención. La mediación se imparte en Centros de mediación o a través de mediadores independientes debidamente autorizados.²⁵⁶
8. **Estados Unidos de Norteamérica:** Inspirado en las costumbres de los grupos religiosos estrechamente unidos y de ciertos grupos étnicos de inmigrantes, desde los puritanos del siglo XVI, hasta los holandeses de New Ámsterdam, los judíos del East Side de Maniatan, los escandinavos de Minnesota y los Chinos de la Costa Oeste, que resuelven las diferencias dentro de sus respectivas comunidades a través de la mediación de los ministros de su Iglesia o los ancianos, así como en la historia comercial americana, utilizan los ADR.²⁵⁷

Fue promulgada la *Judicial Improvement Act. of 1990* (Acta de mejora Judicial de 1990); la cual promueve y en ocasiones hace obligatorio el empleo de solución alternativa de controversias (ADR) por tribunales federales, asimismo, fue promulgada la *Administrative Dispute Resolution Act of 1990* (Acta de solución de

²⁵⁵ Loc. cit.

²⁵⁶ Ibidem. p. 56

²⁵⁷ Singer, LR op. cit. p. 17

controversias administrativas de 1990), que promueve utilización de “ADR” por dependencias federales.²⁵⁸

Actualmente existen “Centros de Resolución de Disputas”, por lo menos uno en cada Estado de los Estados Unidos, teniendo como antecedente el Tribunal Multipuertas.

9. **Puerto Rico:** Cuentan con el manual de normas y procedimientos de los centros de Mediación de Conflictos del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puerto Rico, que contiene un capítulo de mediación.²⁵⁹
10. **Venezuela:** Fue reconocido constitucionalmente los medios alternos de resolución de conflictos, como el arbitraje, mediación y conciliación.²⁶⁰
11. **Cuba:** El Código de Familia obliga como medida preventiva la mediación. También se practica la mediación comunitaria.²⁶¹
12. **Paraguay:** No se encuentra legislada la mediación como institución, sin embargo, es practicada en la Universidad de Nuestra señora de la Asunción, la cual se encuentra apoyada por el IMPAME, que es el primer centro privado de mediación.²⁶²
13. **República Dominicana:** Los métodos utilizados son la transacción, amigable composición y el arbitraje, no existe la

²⁵⁸ Estavillo Castro, Fernando. op. cit. p. 6

²⁵⁹ Márquez Alaga, Ma. Guadalupe. “Mediación y Administración de Justicia. op. cit. p. 266

²⁶⁰ Ibidem. p. 269

²⁶¹ Ibidem. p. 270

²⁶² Garayo, Alicia Beatriz. op. cit. p. 61

tradición de la utilización de los ADR. La mediación no está legislada y sigue los principios de los Estados Unidos de voluntariedad y confidencialidad.²⁶³

14. **Uruguay:** La Constitución y el Código General de Proceso privilegia la autocomposición, dando oportunidad a los jueces de negociar, junto a los abogados, el conflicto planteado entre las partes, pues obligan en materia civil a que antes de iniciar cualquier proceso a intentar la conciliación, con ciertas excepciones.

Cuentan con Centros de Mediación piloto, que funcionan en forma voluntaria para las partes, no obstante en el ámbito académico está alcanzado amplia difusión y reconocimiento.²⁶⁴

15. **Argentina.-** Desde 1991 la mediación fue declarada de interés nacional por decreto 1480/92 del poder ejecutivo, que ordenó la formación de un cuerpo de mediadores del sector público, la implementación de una escuela de mediadores y un programa piloto de mediación vinculado con juzgados civiles. Fue incorporada la mediación a la Ley de Protección contra la Violencia Familiar (24.417) que rige desde 1995, obligando al juez a remitir dentro de las 48 horas del caso, a remitir a las partes a mediación. La Ley Número 24.573 de *Mediación y Conciliación*, instituye con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, con la salvedad de cumplir el requisito, si se acredita que antes del inicio de la causa se intentó la mediación ante mediadores privados, registrados por el Ministerio de Justicia. Así en la conciliación

²⁶³ Ibidem. p. 63.

²⁶⁴ Ibidem. pp. 66 a 68

modifica el Código Procesal y obliga al Juez en forma personal a invitara las partes a una conciliación, asimismo, también el Juez y las partes podrán proponer opciones conciliatorias, sin perjuicio de la facultad del juez para hacerlos comparecer personalmente en cualquier estado del proceso, con el fin de intentar conciliación. La Ley 24.635 de 1996, instaura una instancia obligatoria de conciliación laboral. Se crea un registro de mediadores, cuya organización, actualización y administración, será responsabilidad del Ministerio de Justicia de la Nación.²⁶⁵

16. **Perú:** Desde marzo del 2001, la conciliación extrajudicial es obligatoria antes de iniciar un proceso judicial civil, salvo en las materias exceptuadas por la ley. Cuenta con el Centro Peruano de Prevención y Solución de Conflictos (CEPSCON), brinda servicios de conciliación, arbitraje y negociación; capacita, especializa y actualiza a conciliadores y árbitros; promueve y realiza investigación y difusión de la resolución alternativa de conflictos, relacionados con comerciales, societarios, corporativos, empresariales, contractuales, laborales, familiares, vecinales, comunales, contrataciones y adquisiciones con el estado, pago de dinero, refinanciación de deudas, responsabilidad contractual y extracontractual, indemnizaciones, seguros, propiedad intelectual e industrial, derechos del consumidor y otros asuntos permitidos por la ley.²⁶⁶

B. EUROPA

²⁶⁵ Herrera Trejo, Sergio, op. cit. p. 52

²⁶⁶ Tríptico del Centro Peruano de Prevención y Solución de Conflictos (CEPSCON). III Congreso de Mediación, Monterrey, México. 2003.

1. **Alemania:** El más utilizado es el arbitraje en materia de comercio, la mediación no se ha difundido.²⁶⁷
2. **Rusia, Suecia y Suiza:** En Rusia se utiliza el arbitraje. En Suecia la mediación no esta regulada y no ha tenido un gran avance. En Suiza se practica la mediación.²⁶⁸
3. **Italia:** En este país el término mediación suele usarse para referirse a la función llevada a cabo por las autoridades públicas en los conflictos laborales. También se aplica en el ámbito infantil, en algunas regiones del país a raíz de nuevas reglas de protección a la niñez y a la adolescencia. En el ámbito penal en un principio se utilizó en delincuencia juvenil aunque se ha extendido a adultos con un programa inspirado en el VOM estadounidense; o *Victim Ofender Mediation*.²⁶⁹
4. **Inglaterra:** La mediación se desarrollo en la década de los setenta, cuando un grupo de abogados comenzó a aplicarla. En 1989 se estableció la primera compañía privada dedicada a la resolución de conflictos. Se desarrolla en el sector privado y en público por trabajadores sociales adscritos a tribunales, sin ser obligatoria previa a la justicia formal. En los conflictos familiares y vecinales los trabajadores sociales son los que median y los abogados en temas relacionados con la propiedad y finanzas.²⁷⁰

²⁶⁷Garayo, Alicia Beatriz.. op. cit. p. 68

²⁶⁸ Loc. cit.

²⁶⁹ Márquez Alaga, Ma. Guadalupe. "Mediación y Administración de Justicia." op. cit. pp. 247 y 248

²⁷⁰ Ibidem. p. 216.

5. **Francia:** La mediación aparece por primera vez en 1970, entre instituciones y ciudadanos, actualmente entre ciudadanos. Prevé en su legislación penal la mediación para la reparación de daño. En 1978 se instituyó la figura del *conciliateur*, el cual interviene para facilitar fuera de todo procedimiento judicial, el arreglo amigable de las diferencias sobre derechos, de los cuales los interesados tienen libre disposición. Además subsiste la clásica conciliación endoprocesal. En materia de defensa del consumidor, en 1976 se crearon las comisiones departamentales de conciliación. Es aplicada también en materia familiar.²⁷¹
6. **España:** En este país, en todas aquellas contiendas de carácter civil, laboral y comercial, se ha utilizado los métodos alternativos de justicia, desde épocas inmemoriales, aplicando mediación, y arbitraje.

En 1979 se crea al Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación. La conciliación es obligatoria previo a la tramitación de cualquier procedimiento laboral. Se aprobó recientemente la Ley de Mediación de Cataluña; en Madrid y en Barcelona cuentan con el Servicio de Mediación Familiar.²⁷²

7. **Holanda y Bélgica:** En 1982 en la región de Gröninge se crea el primer Instituto del Divorcio, en 1986 se canceló y en 1988 un grupo de abogados holandeses sugirieron un curso de formación de técnicas en mediación y negociación, con la intención de

²⁷¹ Ibidem. pp. 248, 249 y 250

²⁷² Ibidem. pp. 251 y 152

continuar con el servicio. En Bélgica el movimiento belga para la igualdad paterna ha desempeñado un papel activo en la promoción e instauración de un servicio de mediación familiar.²⁷³

C. ASIA

1. **China:** Desde épocas remotas lo utilizan en forma natural. Es utilizada en materia familiar. Existen los llamados comités de mediación popular, con el fin de reconciliar pleitos y causas criminales leves. La mediación no es obligatoria salvo casos de divorcio.²⁷⁴

2. **Japón:** La mediación se divide en dos categorías: mediación en tribunales familiares y mediación en tribunales locales y de pequeñas demandas.

La mediación se concibe como un tipo de conciliación. Se utiliza en el campo agrícola, minero, civil y familia. Los japoneses en su tradición consideran deshonroso acudir a un tribunal a dirimir su controversia, toda vez que refleja su incapacidad de conciliación y respeto para la comunidad.²⁷⁵

3. **Singapur:** El tribunal Multipuertas fue una innovación del sistema judicial, se aplicó a partir de 1998, su naturaleza es meramente

²⁷³ Ibidem. p. 254

²⁷⁴ Garayo, Alicia Beatriz. op. cit. p. 76

²⁷⁵ Márquez Alaga, Ma. Guadalupe. "Mediación y Administración de Justicia." op. cit. pp. 59 a 261

administrativa y educacional, en materias como la civil, penal, familiar y juvenil.²⁷⁶

D. OCEANIA

1 **Australia:** En el Tribunal Familiar de Australia se lleva a cabo el proceso de mediación, el cual es dirigido por un trabajador social o psicólogo capacitado en materia de mediación, cuando se trate de asuntos en donde se involucre a niños. Cuando se trata de asuntos financieros, la mediación es dirigida por un diputado certificante (deputy register) quien es un abogado del tribunal.²⁷⁷

2. **Nueva Zelanda:** La mediación en contiendas familiares.²⁷⁸

E. ÁFRICA

Estas comunidades basadas en principios sociológicos y religiosos, aún hoy sostienen el lema de resolver las contiendas en asambleas o juntas vecinales. En todas ellas, de una u otra forma se prefiere buscar la conciliación, con la ayuda de alguna persona o vecino notable que actúe como intermediario, pero sin la intervención de árbitros, ni el uso de sanciones.

²⁷⁶ Ibidem. 243

²⁷⁷ Ibidem. p. 246

²⁷⁸ Garayo, Alicia Beatriz. p. 77

Tanto en este continente como en los países de Oriente, la realidad se presenta distinta de la nuestra. La que es propia del occidente busca la figura del tercero para desligar la responsabilidad de la decisión y es necesario lograr un cambio cultural para que cada uno acepte volver a ser depositario de su protagonismo.²⁷⁹

En Nigeria en el 2002 se creó el tribunal Multipuertas de Lagos (ciudad más poblada de Nigeria). Se estableció como programa piloto con apoyo de la judicatura estatal, abarcando materias como la comercial, de empleo contractual, de energía, entre otras, con apoyo de mediadores, evaluadores del caso y árbitros.²⁸⁰

Lo anterior, evidencia el interés que existe en otros países en la práctica de la métodos alternativos de solución de conflictos, lo que nos lleva a reflexionar que México debe caminar paralelamente con los otros países del mundo en el impulso de éstos métodos, toda vez que constituye un esfuerzo de los Estados por proporcionar nuevas formas a los gobernados en la solución de los conflictos; sobre todo la mediación en materia familiar, cuyo ámbito es de especial importancia para la sociedad, por el papel que desenvuelve en ella, siendo por ello contemplada la mediación en la mayoría del mundo, máxime los resultados de su aplicación, toda vez que coadyuva con otras disciplinas ofreciendo otra visión para abordar el conflicto, al encaminarlo a la negociación en un ambiente más cordial, que finalice con un acuerdo mutuamente beneficioso para ambas partes, brindándoles la oportunidad de que decidan la mejor solución de acuerdo a las necesidades y posibilidades reales para cumplir a lo que se obliguen.

²⁷⁹ Ibidem. p. 79

²⁸⁰ Márquez Alaga, Ma. Guadalupe. "Mediación y Administración de Justicia." op. cit. p. 243

CAPITULO CUARTO.- ¿ES EFICAZ LA MEDIACIÓN, COMO MÉTODO ALTERNATIVO EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES?

I. La familia.

Previamente al estudio de mediación familiar hablaremos de la familia y de conflictos familiares, como preámbulo de dicho estudio que nos permita comprender las situaciones especiales en este tipo de conflictos, y la importancia de tomarlos en cuenta en la solución de los mismos, como lo hace la mediación, para poder valorar la eficacia de este método alternativo de solución de conflictos.

Pocas instituciones son objeto de estudio de tantas y tan variadas disciplinas: biología, genética, antropología, o sociología, por citar algunas, y cada una de ellas la enfoca desde su propia metodología.²⁸¹

Así, etimológicamente la palabra familia proviene de la voz latina *famulia*, la cual deriva de *famulus*, en referencia al formulado, es decir a la agrupación de personas o servidumbre que habita con el señor de la casa, con una relación de derechos y deberes ordenados en función de servicios mutuos. A su vez, *famulus* deriva del osco *famel*, que significa siervo, y del sánscrito *vama*, que refiere al hogar o habitación.²⁸²

“Desde el punto de vista psicológico, la correlación entre los dos hechos biológicos básicos- unión intersexual y procreación de hijos-origina relaciones que vinculan a los miembros de la familia y que

²⁸¹ Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa, S.A. México. 2002. p. 743

²⁸² Méndez Costa María Josefa et. al . “Derecho de Familia.” Tomo 1. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 2001. p. 13.

permiten describir la organización dinámica del grupo. Así es trascendente la pareja conyugal esencialmente constituida para el intercambio en exclusividad de la vida sexual dirimiendo, en satisfacción sincrónica, la integración de la femineidad y la masculinidad; más tarde esta pareja conyugal se transformara en pareja parental, al funcionar sus miembros como padres, implicando el despliegue de los roles o funciones paterno-maternos.²⁸³

“La familia no es desde luego, una creación jurídica, sino un hecho biológico, derivado de la procreación reconocido, diseñado social y culturalmente, al que se le han atribuido diversas funciones políticas, económicas, religiosas y morales. Aunque gran parte de esas funciones, como la de ser reguladora de las relaciones sexuales o la de ser una unidad de producción, son ahora cuestionadas, la familia sigue siendo el medio o instrumento de socialización del individuo, el vínculo de transmisión de pautas de comportamiento, de tradiciones, hábitos, usos y creencias.”²⁸⁴

Desde una perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente, integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco. El citado concepto permite aludir sin límites a la familia integrada por todos los individuos vinculados por el matrimonio y el parentesco; sin embargo, a la sociología le interesa primordialmente el estudio de la familia nuclear, es decir la integrada por el padre, la madre y los hijos, cuando están bajo la esfera de la autoridad de los progenitores, por edad y convivencia, el cual es el

²⁸³ Rojina Villegas, Rafael. “Derecho Civil Mexicano” Tomo II. Derecho de Familia. 9ª ed. Ed. Porrúa S.A de C.V. México. 1998. p. 3

²⁸⁴ Enciclopedia Jurídica Mexicana. op. cit. p. 743

verdadero núcleo de la sociedad al que se alude cuando se hace referencia a la familia.²⁸⁵

Compartimos el criterio de la trascendencia de la familia nuclear, al ser el primer grupo de pertenencia del ser humano, que constituye el pilar de su formación, añadiéndose posteriormente la escuela y servirá de base para su comportamiento en la sociedad; pues evidentemente los valores más importantes se adquieren en dicho ámbito, por ello la importancia de la forma de solución de los conflictos familiares, mediante una forma pacífica, la cual traerá mejores resultados que una contienda, aún cuando una familia ya no pueda continuar y haya divorcio, porque hasta éste, celebrado de forma pacífica, no impedirá que continúen las relaciones generadoras de los derechos y obligaciones respecto de los hijos; además de crear en el individuo la cultura de solucionar de manera pacífica todo tipo de conflictos, originando una sociedad menos violenta.

Relacionado con lo anterior, la familia se conceptúa en sentido amplio y restringido; el primero comprende a todas las personas ligadas por un vínculo jurídico de parentesco o en virtud del matrimonio, es decir, abarca las relaciones conyugales, las paterno- filiales y las parentales. En sentido restringido, la familia comprende exclusivamente a los cónyuges y a los hijos.²⁸⁶ No obstante lo anterior, al definir la familia no siempre se hace ésta diferencia como podrá advertirse de las siguientes concepciones:

Fernando Fueyo Laneri define a la familia como una institución basada en el matrimonio, que vincula a cónyuges y descendientes, bajo

²⁸⁵ A. Bossert, Gustavo. et. al. "Manual de derecho de familia." 5ª ed. Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2001. pp. 1a 5

²⁸⁶ A. Zannoni, Eduardo. Derecho Civil. "Derecho Civil." Tomo I Derecho de Familia. 4ª ed. Ed. Astrea. Buenos Aires. Argentina. 2002. p. 8

fórmulas de autoridad, afecto y respeto, con el fin de conservar, propagar y desarrollar la especie humana en todas las esferas de la vida.

a) *Institución*, porque está establecida o fundada, obedeciendo a una necesidad natural y social;

b) *Basada en el matrimonio*, porque este es imprescindible para considerar la existencia de la familia; aunque la legislación no desconoce las uniones extramatrimoniales, y al efecto dicta normas que coadyuvan a las soluciones requeridas en la situación de hecho producida; pero esas uniones no forman la familia, por falta de presupuestos necesarios o propicios.

c) *Vincula a los cónyuges o descendientes*. Marido y mujer, padres e hijos, los demás naturalmente son parientes y familiares, pero no componen la institución de la familia;

d) *Bajo fórmula de autoridad*, afecto y respeto recíprocos, toda vez que la realidad enseña que para el buen desarrollo y la conservación de cualquier agrupación o escuela de formación se requiere de la jerarquía y el mando discreto.²⁸⁷

Los conceptos citados se refieren a la familia en sentido restringido o lo que en sociología se denomina nuclear, por limitarse a las relaciones comprendidas entre cónyuges e hijos.

Según Eduardo A. Zannoni la familia, ante todo es una institución social, señalando que en su concepción moderna puede ser considerada

²⁸⁷ Rojina Villegas, Rafael. op. cit. pp. 24 y 25.

como un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas relativas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco, sancionadas por el derecho.²⁸⁸

Para Kipp y Wolf, “la familia en el derecho moderno está determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiendo de manera excepcional, el parentesco por adopción.”²⁸⁹ Estos autores conciben a la familia en sentido amplio, por referirse a las relaciones derivadas del matrimonio, el parentesco consanguíneo y por adopción.

María Josefa Méndez Costa y Daniel Hugo D’ Antonio, son más claros cuando hacen la observación de que la familia es entendida como grupo primario y celular denominado también familia particular, pequeña familia, familia nuclear, conyugal o institución; o como el grupo compuesto por individuos que reconocen un vínculo parental, denominado gran familia o familia parentesco.²⁹⁰

Según Antonio Cicu, la familia se presenta como agregado de formación natural y necesaria y como un hecho social que la muestra como organismo anterior y superior al Estado.²⁹¹

La anterior concepción abarca tanto familia nuclear como parental, pues ambas son un agregado de formación natural y necesaria. Esto nos sirve de base para tener claro que cuando hablamos de conflictos familiares, se relacionan los generados en la familia nuclear y en la parental, sin limitarse a los primeros por más trascendentes que sean,

²⁸⁸ A. Zannoni, Eduardo. ob. cit. p. 3 y 17

²⁸⁹ Rojina Villegas, Rafael. op. cit. p. 29

²⁹⁰ Méndez Costa, María Josefa et. al. op. cit. p. 18

²⁹¹ Loc. cit.

toda vez que hay otros conflictos cotidianos, los cuales normalmente no reciben atención; verbigracia: los conflictos presentados con los parientes o con adultos mayores, creando respecto de éstos últimos, una cultura del olvido y desinterés, a pesar de que existen también lazos de afectos, respeto y solidaridad, y que en sociedades como las orientales son de gran importancia.

En cuanto a la evolución del grupo familiar, en un primer estadio no se asentaba sobre las relaciones individuales, de carácter exclusivo entre determinados sujetos, sino que la relación sexual, de la que en última instancia deriva la organización de la familia, existían indiscriminadamente entre todos los varones y mujeres que componían una tribu (*endogamia*). Esto determinaba forzosamente, que se supiera quien era la madre, más no quien era el padre; es decir, en su origen, la familia tuvo carácter matriarcal, pues era exclusivamente junto a la madre, por ser conocida, que el hijo crecía, se alimentaba y educaba. Ella fijaba la pauta de la filiación.

Posteriormente, en la vida de los grupos primitivos, las guerras, la carencia de mujeres, llevó a los varones a buscar mujeres en otras tribus, antes que con las propias del grupo, aunque siempre sin carácter de singularidad (*exogamia*).

Luego el hombre avanza hacia la formación de grupos familiares asentadas en relaciones individualizadas con carácter de exclusividad con resabios de formas primitivas de las relaciones grupales, como en Asbania y las Islas Baleares, se detecto la costumbre de que tras la boda, en la primera noche, la relación sexual fuera mantenida por la desposada

con los parientes y amigos; y a partir del día siguiente las mantuviese exclusivamente con el esposo.

Es posible suponer que tras aquella primera etapa sobreviniese, la familia *sindásmica* basada en la exclusividad de la relación de la mujer con un solo hombre, pero sin reciprocidad, es decir, con la libertad del hombre con diversas mujeres.

Finalmente, la familia evolucionada hacia su organización actual fundada en las relación *monogámica*: un solo hombre con una sola mujer sosteniendo relaciones sexuales exclusivas, derivando de ellos la prole que complementará el núcleo familiar, impuso un orden sexual en la sociedad, en beneficio de la prole y del grupo social, cumpliendo también con una función educacional al recaer en los padres la tarea compartida de educar a la prole, tarea con el tiempo compartida con las escuelas; también permitió el cuidado de los ascendientes ancianos; en el aspecto económico la familia se allegó a la tarea de emprender, para proveer a través del esfuerzo común sus necesidades, convirtiéndose en un factor económico de producción, siendo larga la etapa histórica de la producción y manufactura en el pequeño grupo familiar habiendo un cambio notable en el siglo XVIII, en que las sociedades se transforman por el surgimiento del industrialismo, salvo zonas rurales, en que la producción se desarrolla fuera del ámbito de la familia, concentrándose en industrias, en el ámbito de las empresas, reduciéndose a un ámbito de organización de consumo.

292

De lo anterior se concluye que en la actualidad se repiten estadios de la evolución del grupo familiar, como las familias nucleares formadas por la madre y el hijo.

²⁹² A. Bossert, Gustavo. et. al. op cit. pp. 1a 5

“La vida y evolución de un pueblo, su progreso económico y su evolución política están supeditados al bienestar y protección de la vida familiar. Este principio es válido en todas partes, en cualquier lugar y en cualquier momento.”²⁹³

La familia actual no sólo ha dejado de ser la misma, sino que su transformación es constante, ya no sorprenden los grupos familiares integrados por un solo progenitor y sus descendientes, las familias de primeras, segundas o subsecuentes nupcias o la relación de concubinato, cambios que algunos consideran crisis de la familia, pero que sin embargo, siguen siendo el núcleo de formación de los seres humanos, fundada en principios de solidaridad y afecto entre sus miembros. Así la aparición de nuevos modelos, distintos a los tradicionales, implican que necesariamente el legislador debe proponer un pluralismo de opciones que permitan a los interesados elegir aquel que se ajuste a su vida familiar, sustentado en la realidad social de un determinado momento histórico.²⁹⁴

Sergio Alna precisa que se trata de regular jurídicamente los hechos sociales espontáneos. La familia no puede representar una relación jurídica unitaria, sino un conjunto de relaciones que recogen particulares estados personales.²⁹⁵

Algunos autores como Antonio de Ibarrola y Derburg basan a la familia en el matrimonio aún contra los intereses de las familias de hecho.²⁹⁶

²⁹³ Enciclopedia Jurídica Mexicana. ob. cit. p. 749

²⁹⁴ Loc. cit.

²⁹⁵ Loc. cit.

²⁹⁶ Loc. cit.

Efectivamente, ante el constante cambio el legislador debe establecer normas reguladoras de diversas relaciones originarias de una familia, pues basta señalar el papel de la mujer en nuestra actual sociedad, la integración de nuevas parejas que habían formado parte de otra familia o el concubinato, las cuales originan relaciones familiares, al encontrarse unidas por vínculos de sentimientos, de afecto, solidaridad e incluso metas, y que son el punto esencial por el que la familia no debe limitarse al matrimonio; pues además en todas ellas, se forman personalidades, se transmiten valores y surgen conflictos, que deben ser tratados como los surgidos en la familia derivada del matrimonio, por ser de igual importancia y trascender no sólo a la vidas de los individuos, si no de la propia sociedad.

No puede limitarse la familia al matrimonio, considerando a otras relaciones como las causas que originan las crisis en la familia, pues ésta derivan de los conflictos surgidos en las propias relaciones que igual se presentan en una familia creada en un matrimonio o en el concubinato.

La crisis que connota gravedad, se encuentra en todos los terrenos del actuar humano. Involucra problemas sociológicos, religiosos y morales que podrían conjugarse en un problema social. La decadencia de la familia está propiciada porque en su existencia íntima, se han arraigado elementos de corrupción, debilitamiento, desvinculación, relajamiento, que imponen una modificación más, a su estructura orgánica y anímica. La crisis de la familia sólo puede consistir en un proceso de degradación y desvanecimiento como institución social, como realidad de la organización biológica y social de la humanidad.²⁹⁷

²⁹⁷ Magallón Ibarra, Jorge Mario. op. cit. pp. 49 y 50

“Es innegable que las costumbres familiares han sufrido una profunda modificación, y que han creado el ritmo de progreso gradual que la caracterizaba en tiempos anteriores. El progreso es ahora, desenfrenado y, ello se traduce en una obvia inestabilidad y ausencia de cohesión. Más que una crisis de la familia correspondería aludir a la inoperancia social para resolver los problemas familiares determinados. En tal circunstancia deberá tenerse conciencia del valor de la familia, radica la principal razón de negar una crisis total de la misma.”²⁹⁸

Lo anterior, refleja como la crisis de la familia no son las nuevas formas en que se integra, sino la forma de solucionar sus conflictos, pues de ello depende la continuación o término de las relaciones familiares.

En la familia hay situaciones y sentimientos especiales que unen a sus integrantes, y al respecto los siguientes autores, refieren:

Francesco Messineo: Las relaciones entre cónyuges y las relaciones entre progenitores e hijos (más en general entre parientes), están reguladas por el afecto, por el sentido del honor, por el impulso altruista (espíritu de sacrificio, sentido del deber, desinterés patrimonial, etc.) y por espíritu de solidaridad antes que por el ordenamiento jurídico.²⁹⁹

Julien Bonecasse: El derecho es impotente para realizar, por sí solo, una obra verdaderamente eficaz en el terreno de la familia; aunque los textos de la ley sean conformes al derecho, y estén calcados exactamente de los estudios naturales sobre la vida social, valdrán tanto como un cuerpo sin alma, si desdañan a la moral y al sentimiento.³⁰⁰

²⁹⁸ Ibidem. p. 51

²⁹⁹ Rojina Villegas, Rafael. op. cit. p. 37

³⁰⁰ Loc. cit.

Fernando Fueyo Laneri: La familia es el núcleo social primordial, y el más natural y antiguo de todos. Es una verdadera célula de la sociedad, base y piedra angular del ordenamiento social. No sólo porque constituye el grupo natural e irreductible que tiene por especial misión asegurar la reproducción e integración de la humanidad por generaciones y siglos, sino porque en su seno se forman y desarrollan los más elevados sentimientos, tales como el de solidaridad y superación, allí se forman tendencias altruistas, y otras muchas fuerzas que se requiere para la manutención saludable y próspera de la comunidad.³⁰¹

Por ello la función del derecho es garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familiar, imponiendo a sus miembros—cónyuges, hijos, parientes, deberes y derechos—que la estructura requiere para el adecuado cause de las pautas socialmente institucionalizadoras, esto no significa que el derecho deba regular la totalidad de los aspectos, pues suele haber comportamientos basados en las costumbres, tradiciones, que la ley no recoge, y otros que deliberadamente quedan a la espontaneidad o a la conciencia, y que obedecen a concepciones éticas o morales, e incluso religiosas, de los miembros de la familia.³⁰²

II. El conflicto familiar.

Hablar de la familia en primer término nos parece tan común, para quienes formamos parte de una; sin embargo, son tan complejas y dinámicas las relaciones entre sus miembros que por cotidianos que pudieran parecer los conflictos que la aquejan, no es así, pues a veces por parecernos cotidianos no se les da la relevancia que merecen y pueden desembocar en conflictos capaces de destruir a sus integrantes.

³⁰¹ *Ibidem.* p. 25

³⁰² A. Bossert, Gustavo. et. al. op. cit. pp. 9 y 10

“El conflicto esta presente en nuestra sociedad entre individuos, entre organizaciones o entre naciones, se produce porque hay enfrentamiento entre dos o más partes al querer conseguir éstas metas opuestas, defender valores contradictorios, tener intereses divergentes o perseguir simultáneamente y competitivamente la misma meta.”³⁰³

“Desde el punto de vista antropológico y sociológico la familia abarca los sistemas de matrimonio y parentesco que conforman la estructura social. Pero esos sistemas no han sido – ni son- estáticos e inmutables, por el contrario muestran una constante evolución para su adecuación a la estructura de la sociedad, como totalidad.”³⁰⁴

La familia, como forma concreta de organización, basada en las relaciones de sus integrantes, al tener diferentes necesidades, metas e intereses, indudablemente provocaran desequilibrios que originaran conflictos, cuya solución es de gran importancia para la sociedad, por contar con una serie de funciones socialmente reconocidas.

“La familia es por tanto, un juego de fuerzas constituidas por seres unidos entre sí, con ataduras afectivas muy fuertes, pero entrechocadas por hondas diferencias de orden natural y social. No existe un tema tan inmediato y tan confuso en la psicología y en las relaciones humanas, como el vínculo que une a los padres entre sí y a éstos con los hijos, cruzando por múltiples hilos ejidos en la intimidad de la vida familiar. Por eso, los problemas que surgen al seno de ésta, son tan infinitos y

³⁰³ Ruiz Carbonel, Ricardo y Salvador A. Godoy Fernández. “Servicio Público de Mediación Familiar.” Memoria 2002-2003, II Congreso Nacional de Mediación. Hacia una mediación en sede judicial. Editado por el Tribunal Superior de Justicia del D.F, el Consejo de la Judicatura del D.F y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. México, D.F. 2002, p. 293

³⁰⁴ A. Zannoni, Eduardo. ob. cit. pp. 5 y 6

cambiantes como familias hay; varían según el momento, dentro de cada espacio y con cada individuo. »³⁰⁵

Por ello, es de gran importancia la forma de solucionar los conflictos en este ámbito, toda vez que en sí el conflicto no puede ser calificado de malo, sino la forma de su solución, la cual de ser eficaz, puede incluso mejorar las relaciones que se vieron afectadas y viceversa, si la forma no es eficaz, puede afectar más las relaciones.

“La estructura familiar va modificándose con el paso del tiempo al estar la familia sometida a tanto a presiones internas como externas:

Presión económica:

El paro puede alterar gravemente las relaciones familiares.

Presión afectiva:

La pérdida del deseo/amor por el cónyuge afectará gravemente a sus relaciones y a la propia familia.

Composición familiar:

El número de hijos determina una mayor o menor número de demandas.

Momento evolutivo:

La llegada a la adolescencia, en el caso de los hijos.

Todas estas presiones internas y externas afectan su estructura, obligándolas a sucesivas adaptaciones y readaptaciones, constituyendo

³⁰⁵ Arias Londoño. Melba. op. cit. p. 76.

por tanto la familia una estructura dinámica que va conformándose progresivamente a medida que madura y enfrenta nuevas situaciones, por lo que se puede afirmar que la familia al igual que el ser humano también presenta sus propias crisis evolutivas.³⁰⁶

Las crisis del exterior como el trabajo, el dinero, las competencias, entre otras, crean emociones violentas que generalmente son llevadas al ámbito familiar, propiciando el debilitando las relaciones familiares.

Por ello, los integrantes de la familia deben tener más conciencia de cómo abordar los problemas para atenderlos de inmediato a fin de evitar mayores situaciones conflictivas que sean más difíciles de solucionar, que llevan a constantes arrebatos y venganzas, los cuales pueden recaer en otros ámbitos, como el penal.

La familia de hoy difícilmente se puede comparar con la de las primeras décadas del siglo pasado, su conformación, dinámica y funciones presentan grandes cambios que aún continúan en ese proceso, y que general la diversa problemática familiar. Actualmente a las uniones han variado según el nivel cultural y estrato socioeconómico. Las mujeres profesionales y de mayores recursos se casan a edad más tardía, en tanto que las menos instruidas al igual que las de las zonas rurales, lo hacen a la inversa.³⁰⁷

Actualmente el matrimonio, no es la única forma de integrar la familia, toda vez que hay uniones como el concubinato. El divorcio o la separación cada vez se vuelven algo más común entre las parejas, las

³⁰⁶ Ruíz Carbonel, Ricardo y Salvador A. Godoy Fernández. pp. cit. pp. 297 y 298.

³⁰⁷ Arias Londoño. Melba. op. cit. p. 78

cuales tal vez nunca estuvieron preparadas para el matrimonio y no previeron el costo emocional y económico que trae como consecuencia este acontecimiento, pues muchos de los motivos que lo originan son arrebatos que al no ser correctamente encausados en un procedimiento que les de la oportunidad de escucharse, trae divorcios en el fondo no deseados.

La unión de personas que han tenido hijos en una unión matrimonial o de hecho que establecen una ulterior relación conyugal, teniendo a su vez hijos, da lugar a la denominada familia ensamblada o reconstituida, que reconoce vínculos procedentes de dos o más uniones conyugales. Los niños posan a tener nuevos hermanos, tíos, abuelos de otra familia, padrastros y madrastras cumplen funciones que en algunos niveles se superponen al de los padres biológicos, generando tensión y crisis, porque cada miembro de esta nueva familia ingresa con una historia que proviene de su situación familiar previa.³⁰⁸

Las condiciones socioeconómicas han cambiado, la mujer ha realizado una revolución histórica en busca de la igualdad, libertad e independencia, ocupa un lugar en la producción, transformándola en fuerte competencia para el varón, quien ha perdido la autoridad y el poder, quedando las costumbres y estructuras patriarcales fuertemente arraigadas que a muchos les permite intentar y superar la crisis sin grandes problemas.³⁰⁹

Ahora bien, existen dos tipos de conflictos familiares: los agudos y los crónicos. Los primeros se caracterizan por surgir muchas veces de forma

³⁰⁸ Ibidem. P. 7

³⁰⁹ Elicabe-Urriol Bustelo, Daniel J. "La mediación familiar interdisciplinaria". 2ªed. Ed. BMS Ediciones S.L. Madrid, España. 1995. p 39

inesperada, explosiva, pero también pueden finalizar rápidamente, salvo que se apropien de alguna estructura relacional persistente, siendo su solución relativamente simple y se dan en todas las familias. Los crónicos por el contrario, son a veces menos llamativos, pero más resistentes al cambio, y por lo tanto mucho más difíciles.³¹⁰

Los conflictos más comunes son las *conyugales*, que se dan en el seno de la pareja; los parentales, cuando se involucran a otras personas que pertenecen a este sistema; *los fraternales*, que se dan entre hermanos; los de *padres-hijos*, que se dan principalmente con los hijos adolescentes.³¹¹

Los conflictos familiares han propiciado numerosos matrimonios disueltos, hogares desechos, hijos desamparados, mujeres abandonadas, madres que claman por ínfimas cuotas alimentarias, hombres demandados o que desaparecen laboralmente para eludir responsabilidades parentales y conyugales.³¹²

La comunicación es un factor determinante en el establecimiento de relaciones familiares que facilita la solución de crisis, crea el ambiente adecuado. Luis Miguel Díaz señala que “la comunicación directa es mejor en los conflictos y a su vez, *la negociación* es la forma más humana que toma la comunicación cuando parecen existir antagonismos, ya que permite el contacto, la experiencia conjunta por medio de los cuerpos

³¹⁰ Suares, Marínés. “Mediando en sistemas familiares.” Ed. Paidós. Buenos Aires, República de Argentina. 2002. p.66

³¹¹ Loc. cit.

³¹² Arias Londoño. Melba. op. cit. p.7

humanos con sus pensamientos y emociones; el poder de la palabra y el poder de la presencia física son insustituibles.”³¹³

La mejor manera de acercarse a lo que definen los cónyuges como sus problemas es escuchando activamente, invitándolos para que ellos mismos formulen, definan y describan sus dificultades.³¹⁴

Así, la comunicación es muy importante, debiendo ser ésta activa, porque requiere que las partes realmente se escuchen, para que una vez delimitado el conflicto de manera colaborativa puedan proponer alternativas de solución con beneficios mutuos.

Cummings y Davies sintetizan una gran cantidad de reinvestigaciones en las cuales se observa el impacto que producen las peleas de los padres y de otros miembros de la familia en los hijos, llegando a la conclusión que la conducción de los conflictos por parte de los cónyuges es fundamental para el buen desarrollo de los hijos, destacando que sus estudios no se refieren a la situación del divorcio, sino a la forma en que permanentemente en la vida familiar se conducen las situaciones conflictivas.³¹⁵

“Una dinámica familiar sana es aquella capaz de transformar por medio de la comunicación la crisis en una experiencia constructiva y de aprendizaje para sus miembros. La superación de una crisis comporta siempre, además de la solución de conflictos planteado, una mejora en la

³¹³ Díaz, Luis Miguel. “Privatización de los Conflictos”, editorial El Foro, Tomo X, No. 1 Primer Semestre 1997, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. p. 1

³¹⁴ Rodríguez Villa, Bertha Mary et. al. “Mediación en el divorcio. Una alternativa para evitar las confrontaciones.” 2ª ed. Ed. Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial UNAM. México. 2001.

³¹⁵ Suares, Marínés. op. cit. pp. 67 y 70

autoestima de los miembros de la familia, un mayor control de las propias capacidades y habilidades para la solución de los conflictos, una mayor confianza en el papel protector y de socialización para el desarrollo personal y, sobre todo la convicción de que cualquier crisis futura pueda ser de nuevo superada y fuente de crecimiento personal y familiar. “³¹⁶

Así las crisis familiares, de ser superadas originan reacomodos en las relaciones que de ser resueltos de forma adecuada, originaran mejores relaciones y marcaran pautas para dar solución ante nuevos conflictos que se vuelvan a presentar ante la dinámica conflictual que siempre se encuentra latente en familia como en cualquier otro ámbito.

III. Mediación Familiar

“La mediación familiar comenzó en el terreno del divorcio, que fue la gran novedad en la década de los años cincuenta. Con el transcurso del tiempo, el divorcio fue dejando su carácter de catástrofe que exigía encontrar un culpable, para pasar a ser una etapa vital de transformaciones duras pero muchas veces provechosas. La mediación tuvo y tiene un éxito muy grande en ésta área. Ella ocupa todavía el noventa por ciento del tiempo de un mediador.”³¹⁷

“En particular la mediación 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

³¹⁶ Díaz, Luis Miguel. op. cit. p. 298

³¹⁷ Cárdenas, José Eduardo . “ La mediación en conflictos familiares. Lo que hay que saber.”Ed. Lumen/Hymanitas. Buenos Aires, Argentina. 1998. p. 61

bienes o patrimonios; el otro se encarga en especial de los divorcios y en la actualidad es el más extendido.”³¹⁸

La mediación es precisamente un método de negociación profesional especializada y extrajudicial, cuyo propósito es ayudar a las partes en la búsqueda de soluciones a su conflicto sin tener que acudir al litigio, evitándoles, las consecuencias y rigores que implica someterse a un juicio.³¹⁹

La mediación familiar es importante porque se trata de conflictos entre personas que van a seguir relacionadas en el futuro; aún cuando la pareja se separe, la calidad de padre no se pierde, además de que las dos partes tienen algo que ganar si el conflicto se soluciona negociadamente, por lo que la mediación se convierte en el instrumento de paz más valioso para las familias.³²⁰

Así la mediación familiar, no obstante aplicada más en casos de divorcio, no se reduce a estos asuntos, toda vez que la familia es un ámbito amplio y complejo en el cual cotidianamente surgen conflictos susceptibles de ser mediados, ayudando a las partes a llegar a un acuerdo, con la satisfacción de sus intereses.

“La mediación familiar, no es infalible, ni podrá reconstruir un hogar, en el que se ha perdido el amor y el respeto, sin embargo a través de ella se pueden terminar relaciones en forma civilizada y sin afectar tanto a los hijos. Por otra parte los niños y adolescentes participan en las sesiones

³¹⁸ Rodríguez Villa, Bertha Mary et. al. op. cit. p. 19

³¹⁹ Urquidí J. Enrique. op. cit. p. 21

³²⁰ Márquez Algara María Guadalupe. op. cit. p. 118.

de mediación, respetado así su derecho de ser escuchados y tomados en cuenta en todas las decisiones que afecten el entorno familiar.”³²¹

En muchas ocasiones el divorcio no es negativo, sino por el contrario resuelve el conflicto de dos personas que definitivamente ya no pueden continuar su relación por diversas causas; pero la forma de cómo termine éste, dependerá de que sea un buen divorcio o no, por ello la mediación se convierte en una alternativa más para quienes a través de la negociación pueden resolver su conflicto de manera personalizada de adecuarlo a sus necesidades y posibilidades reales para cumplir con lo pactado.

La mediación es una forma diferente de enfrentar la separación, es la posibilidad de que una pareja con dificultades para comunicarse, pueda trabajar unida por última vez para enfrentar los problemas que sobrevienen al divorcio, teniendo como objetivo el acuerdo y la conciliación de los intereses de todos los miembros, y que sea durable.

³²²

“Se trata de obtener soluciones con el menor dolor posible para las partes, y en donde no se profundice la disputa a través de actuaciones de ataque defensa, con su retroalimentación periódica y finalmente se dejen de resolver las causas profundas que dieron origen al conflicto.”³²³

El hecho de no encontrar realmente la causa del conflicto, trae como consecuencia soluciones parciales y superficiales, las cuales no estarán solucionando realmente el mismo, y que más tarde volverá a

³²¹ Ibidem. p. 118

³²² Rodríguez Villa, Bertha Mary et. al. op. cit. p. 21

³²³ Cárdenas, Eduardo José. “La mediación en conflictos familiares.” Ed. Lumen, Buenos Aires Argentina, 1998, p. 16.

surgir, pues se tendrá una percepción falsa del mismo, por lo que debe delimitarse. De ahí, la importancia de la confidencialidad en los procesos de mediación, para brindar a las partes la confianza necesaria para exponer realmente lo que les aqueja, manteniendo la privacidad más absoluta, toda vez que no es lo mismo hablar de una infidelidad de la pareja que resultó ser homosexual, en una audiencia pública celebrada en un proceso judicial, que en una sesión de mediación.

El derecho familiar basado en relaciones reguladas por normas de orden público, en el derecho privado tiene como función primordial limitar la autonomía privada y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas. Así, el interés familiar limita las facultades individuales, lo cual exige que las normas legales, al reconocer tales faltas, sean de orden público para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que aquéllas responden. El hecho de considerar a los intereses familiares superiores a los individuales de uno u otro miembro de la familia y que por eso, el contenido de los deberes y derechos no sea disponible mediante la autonomía privada, no obsta- sin embargo- a advertir que el modo de obtener la satisfacción concreta del interés familiar suele descansar en el razonable acuerdo de los responsables de su cumplimiento. Desde luego, esto es indiscutible, y así debe ser, cuando las relaciones familiares se desenvuelven armónicamente en el espontáneo fluir de los afectos, en la cohesión del núcleo.³²⁴

Concluyendo, la ley en materia familiar es de orden público, los deberes y derechos no son negociables, si en cambio la forma de cumplirlos. Esto ha permitido que la mediación sea cada vez más

³²⁴ A. Bossert, Gustavo. et. al. op. cit. p. 11

utilizada en la solución de conflictos familiares, con las ventajas de un procedimiento rápido, flexible, económico y sobre todo que atiende a las necesidades y posibilidades reales de las partes, con un enfoque solidario en atención a los lazos existentes entre los integrantes de la familia, dando mayor intervención a todos sus miembros, por resultar trascendente para llegar a un acuerdo que cubra las expectativas de todos.

A. Las emociones en la mediación familiar

Desde el punto de vista psicológico en el ámbito familiar el niño adquiere las primeras formas de comunicación de los sentimientos, sentido de autoafirmación, tolerancia a la frustración y además elementos que hacen la estructura de su personalidad.³²⁵

Desde Descartes hasta hace pocos años, la emoción estuvo desvalorada, contribuyendo varios factores, siendo el más importante la oposición emoción-razón, como dominios disjuntos, valorando más la razón que la emoción, lo que produjo una marginación de todo aquello relacionado con lo emocional, pues para poder pensar había que controlar las emociones. Sin embargo, la psiquis se caracteriza por la capacidad de razonar (inteligencia) y de sentir, dicho de otra forma: vida intelectual y vida afectiva, que a través de la historia se han conceptualizado como opuestas, cuando en realidad son partes complementarias.³²⁶

³²⁵ Elicabe-Urriol Bustelo, Daniel J. op. cit. p. 23

³²⁶ Suares, Marínés. op. cit. pp. 103 y 104.

Maturana diferencia los sentimientos y las emociones, señalando que los primeros no son observables, en tanto que las emociones sí. Los sentimientos al igual que los pensamientos pueden ser inferidos; pero si bien muchas veces acertamos sobre lo que está pensando o sintiendo otra persona, no obstante necesitamos la confirmación de ella; pues no se tiene ninguna otra posibilidad, para saber si se está infiriendo correctamente. La particularidad de las emociones es que son posibles de ser observadas, esto debido a que pertenecen al área de lo psíquico y al mismo tiempo al campo o área corporal, siendo las emociones básicas: ira, miedo, tristeza y amor (placer), las tres primeras se les podría asignar un valor negativo, en tanto que al amor se le atribuye un valor positivo.³²⁷

Edmundo Roca en su seminario de Antropogénesis Cultural dictado en Buenos Aires, refiere que la afectividad es lo más profundo y arcaico de los sentimientos, que la emoción (que proviene de e-motivo: movimiento) es el afecto expresado puesto en movimiento.³²⁸

“Esta característica dinámica de la sensibilidad que logra a través del lenguaje niveles de desarrollo que la distinguen del cariño de los animales también es esencial y fundante.”³²⁹

Marinés Suares clasifica de 5 pares de emociones básicas, en la cual cada una de ellas es algo como un continuum, o mejor, un *ying-yang*:

1. Placer- displacer
2. Alegría -tristeza
3. Calma-ira
4. Confianza-miedo

³²⁷ Ibidem. p. 104

³²⁸ Elicabe-Urriol Bustelo, Daniel J. op. cit. 45

³²⁹ Loc. cit.

5. Amor-odio

Lo anterior, lo hace con fines didácticos, justificando que en la vida, se viven varios de estos sentimientos a la vez, y se exteriorizan a través de las emociones, aunque alguno de los polos son los que dominan, destacando que esta forma de entender a las emociones como pares permite concentrarse en los polos positivos, que ayudan a la convivencia y a la colaboración, pero que en realidad, las emociones no son positivas ni negativas, la clasificación es en función de la mediación en la medida en que ayuden a construir el espacio colaborativo necesario para poder negociar. No es negativo sentir ira, posiblemente ha cumplido una función de la supervivencia, lo negativo es la forma en que ésta se conduce en función del contexto en que se manifiesta.³³⁰

La tristeza se presenta en las relaciones familiares, que están transitando por crisis de pérdida de una relación, en las cuales obviamente es difícil aceptar el cambio, siendo necesario que sean escuchadas activamente, comprendiendo su punto de vista, para después puedan apreciar el conflicto desde otro punto de vista, con el fin de ir preparando el ambiente para la negociación, considerada objetivo final de la mediación, el cual nunca debe perderse de vista.

La mediación en su concepción más simple es vista como una negociación asistida; permite fijar objetivos como separación de los aspectos económicos de los emotivos, la necesidad de la evaluación de las consecuencias de las decisiones para constituirse en plataforma para acuerdos futuros.”³³¹

³³⁰ Suares, Marínés. op. cit. pp. 106 y 107

³³¹ Calcaterra, Rubén Alberto. op. cit. p. 40

Lo anterior toma relevancia en conflictos familiares, pues en la mayoría de las ocasiones los aspectos económicos aunados a las situaciones emotivas que surgen en el conflictos, contraponen a las partes, impidiéndoles evaluar las consecuencias de sus actos, como el enorme daño que causan a los hijos por convertirlos en el objeto pretexto de la contienda, obstruyendo toda posibilidad de una negociación en la que sean tomadas las necesidades de todos los miembros de la familia y lleguen a acuerdos en beneficios de todos ellos.

Desgraciadamente el aspecto económico, toma tanta relevancia en los conflictos, que en el caso de los familiares, rompe toda posibilidad de diálogo, pues pensemos en los conflictos cuando no existe un testamento, el duelo por la muerte del familiar se olvida y la familia lejos de negociar una forma pacífica para repartir los bienes, desencadena una lucha encarnizada por pelear primero por el derecho a ser reconocido heredero, para posteriormente pelear por la repartición y adjudicación de los bienes, pues todos los interesados se sienten con un mejor derecho, transformándose en una lucha desgastante, que origina nuevos conflictos entre los interesados que hasta llegan a morir sin disfrutar los bienes.

Así también, mientras no se separen las cuestiones emotivas del conflicto, habrá un obstáculo que no permitirá a las partes entrar de lleno al mismo para lograr una solución, pues pensemos en los conflictos originados en familias integradas por personas que ya anteriormente estuvieron unidas con otras y tienen hijos, cada una tiene un cariño especial por sus propios hijos, en caso de conflicto, obviamente surge un sentimiento de protección y defensa de lo hijos propios diferente de los del otro; mientras no se separen esos sentimientos no se podrá ver objetivamente el conflicto, impidiendo una evaluación objetiva del mismo,

y sobre todo la participación de todos en su solución. Aquí es precisamente donde entra la mediación, pues a través de técnicas aplicadas por el mediador va encaminando a las partes a reestablecer la comunicación y ellas mismas descubran el origen real del conflicto, y así estén en posibilidad de proponer soluciones que ataquen realmente al mismo. Pueden ser tantas las circunstancias que propician el mismo, que se pierde la noción de qué situación realmente lo provoca y se achaca a una situación que únicamente es consecuencia o reacción de lo que realmente está siendo la causa.

Las emociones positivas son una herramienta importante en la mediación, pues preparan la negociación colaborativa, sin pasar por alto que el mediador también tiene emociones y debe aprender a manejarlas y capacitarse para aprender a manejar las de los mediados que aparecen a lo largo del proceso a fin de calmarlas y que puedan apreciar el problema objetivamente para que puedan negociar, toda vez no deben ser un obstáculo para llegar a acuerdos.

B. El procedimiento de la mediación

El procedimiento es de gran trascendencia para el éxito de la mediación, pues de éste depende que las partes lleguen a un acuerdo en la solución del conflicto, mediante la negociación que cubra sus necesidades, obteniendo beneficios mutuos y conservando las relaciones sobre todo en conflictos familiares de divorcio donde existen hijos, en el que de manera pacífica se obtiene solución, con menores repercusiones negativas para toda la familia.

El lugar físico donde se desarrollara el procedimiento, es un aspecto de gran relevancia, toda vez que debe ser propicio para la negociación, tranquilo, que no de pauta al estrés de las partes, es un espacio en el que deben sentirse confortables, sin la presencia de otras personas que no sean las que deben intervenir en el proceso, en el que sientan la confianza para poder hablar libremente, porque no serán observados, escuchados y juzgados por otros; contrario al ambiente de un Juzgado, que es un lugar público en el que además de los servidores públicos de la administración de justicia, se encuentran los abogados o el público que asiste a revisar sus expedientes o a las audiencias, en el que hay mucho ruido, hay discusiones entre las propias partes y sus abogados, o de éstos con los servidores públicos, entre muchas otras situaciones que a diario se viven en un Juzgado, siendo un ambiente estresante sobre todo en asuntos familiares, donde intervienen menores de edad, los cuales son sometidos a un juicio, en un ambiente hostil, causándoles intranquilidad, aburrimiento o enojo.

El lugar físico debe tomar tres aspectos, comodidad, comunicación y control.³³² Debe haber una atmósfera de equilibrio psíquico y físico, debe haber el número exacto de asientos para quienes participan en cada sesión, si existen más asientos las partes pueden desviar su atención esperando que sean ocupadas, por alguien que llegara de un momento a otro, los asientos deben estar arreglados de tal manera que no queden muy alejadas del mediador, para que todos puedan escuchar perfectamente lo que se diga por cualquiera que intervenga en el proceso; debe haber adecuada iluminación y ventilación; el asiento del mediador debe quedar de espaldas a la puerta de salida de la sala de

³³² Folberg Jay et. al. "Mediación . Resolución de conflictos sin litigio." Ed. Limusa S.A. de C.V. México. 1984. p. 56.

mediación, de esta manera el mediador podrá en caso de ser necesario, cortar la retirada de alguna de las partes que decida marcharse antes de culminar la sesión y usar sus técnicas de persuasión para que continúe en la misma. El que el mediador se siente en el medio o centro de las partes conduce a que en muchas ocasiones las partes se expresen y posibilita que se encuentre situado a la misma distancia de todos los involucrados, lo que incide directamente en el clima de equilibrio necesario.³³³

Debido a la flexibilidad del proceso puede llevarse a cabo en un lugar distinto al cotidianamente destinado para ello, como el propio hogar en el caso tal vez de conflictos familiares relacionados con asuntos intestados, debiendo estar de acuerdo en ello todas las partes, procurando siempre un ambiente de equilibrio de quienes intervengan en la mediación, en donde los asientos sean puestos en semicírculo, cerca del mediador, como antes se mencionó, siempre y cuando también el mediador se pueda trasladar a otro lugar, pues cuando el mediador presta sus servicios en un Centro de Mediación en sede judicial, se dificultara cambiar el sitio, pero en tratándose de mediación privada podría llevarse a cabo.

El hecho de adaptar el lugar a las necesidades y posibilidades de las partes es muy importante, pues de ello depende que se propicie la negociación. En los conflictos familiares donde afloraran sentimientos fuertes que incluso nunca han podido transmitir, es de gran trascendencia un lugar neutral en donde se propicie una adecuada comunicación, generando la confianza necesaria para poder expresarse. Esto debe ser garantizado en el mismo procedimiento, ya que de todo lo sucedido, no

³³³ Castanedo Abay, Armando. op. cit. p. 118

queda registro alguno, de tal manera que nada pueda ser usado en contra de alguna de las partes, pues incluso el mediador o comediadores, no podrán comparecer a juicio alguno como testigos.

Toda vez que la mediación es desarrollada por el Estado en sede judicial o de forma privada por particulares, el procedimiento puede variar, sin embargo, siempre debe ser **flexible**, dado que no deben existir formalidades, adaptándose a la dinámica de cada conflicto, sin embargo debe respetarse la **voluntariedad** de las partes con relación a la decisión de someterse a la mediación; la **confidencialidad** de todo lo que se trate en las sesiones, dando la confianza necesaria para que las partes expresen con el mediador ante las preguntas que éste les formule en relación con el conflicto y brinde la posibilidad de comunicación entre ellas mismas, a fin de que a través de la negociación encuentren opciones de solución; **igualdad**, es decir ambas partes deben ser tratadas de la misma manera; **imparcialidad** del mediador, para que no se sientan favoritismos; así como el **respeto** de las propias partes al expresarse uno del otro.

“Hay diferentes caminos para llegar a cumplir con el objetivo sin tener que seguir forzosamente una receta. Se pueden encontrar en la bibliografía muy diversas referencias a formas de intervención exitosas y éstas pueden servir sin duda, para que el mediador haga una elección adecuada a su manera de trabajar y a su formación técnica. El mediador también puede crear un modelo propio. Esto no solo es posible sino deseable, en el entendido de que, además de sus habilidades o preferencias teórico metodológicas, las parejas y los contextos presentan características particulares, razón por la cual el

tratamiento del caso debe construirse como si fuera un traje a la medida, de manera que se ajuste específicamente. La Mediación se inicia a petición de cualquiera o de ambas partes en conflicto, quienes son previamente informadas del proceso, determinándose en esta fase si el conflicto es mediable. ³³⁴

Los procedimientos pueden incluir diversas etapas o fases, denominadas de diversas formas por los autores o métodos establecidos por las instituciones que prestan el servicio de mediación, sin embargo, coinciden en las fases de **inicio**, de **trabajo**, de **clausura** y algunos de **posmediación** sobre todo en mediación impartida por el Estado en Sede Judicial, las cuales, se desarrollan en sesiones que varían de acuerdo a cada conflicto, sobre todo en los familiares, en los que confluyen sentimientos y emociones de las partes que deben controlarse previamente para que puedan entrar a la negociación, para lo cual se necesita de una gran habilidad del mediador con el apoyo de las pericias de otros expertos que conforman su equipo de trabajo (psicólogos, trabajadores sociales, abogados, entre otros).

I. FASE DE INICIO

A) Solicitud

El procedimiento inicia a petición de una de las partes o de ambas, quienes recurren a este método porque tienen cierta información del procedimiento por sus propios abogados, por familiares o amigos que se sometieron a la mediación, por instituciones o asociaciones que han tenido contacto con el método,

³³⁴ Rodríguez Villa, Bertha Mary et. al. op. cit. p.59

por el órgano jurisdiccional o por algún medio de difusión de la mediación.

En esta fase se da toda la información relacionada con el proceso de mediación sus características y beneficios. Si acuden ambas partes a solicitar la mediación, facilita el inicio del proceso, dado que ambos decidieron someterse al método; por el contrario si únicamente acude una de las partes, se dará toda la información de la mediación, debiendo posteriormente concertar una cita con la otra u otras partes para que acudan, la cual debe ser en términos de invitación, que explique brevemente la mediación, en qué consiste la solicitud, quién solicitó el servicio, explicando que no se trata de cuestión judicial alguna.

B) Evaluación

En esta fase se determina si el conflicto puede ser mediable, tomando en consideración que sólo puede ser objeto de la mediación los derechos que la propia ley permite su libre disposición, con la limitante de transigir sobre derechos tutelados por ser de orden público, sobre todo en derecho familiar, como en el caso de alimentos; por ello quienes reciben las denuncias de asuntos tienen que poseer una preparación adecuada, debiendo conocer los supuestos de las normas legales que posibilitan el uso de este método alternativo.

También debe considerarse si planteado el conflicto, existe capacidad de las partes para negociar, toda vez que puede haber situaciones sin equilibrio de poder entre las partes, como en conflictos

de violencia familiar, en el cual quien la ejerce, difícilmente permite propuestas o alternativas de solución, por estar acostumbrados a imponer su voluntad.

No obstante, autores como Bustelo, trabaja con todo tipo de casos e incluso, a diferencia de la mayoría de otros autores, acepta casos a partir de la solicitud individual y no de pareja, tratándose de divorcios, con parejas cuyas situaciones emocionales son muy fuertes, donde existe violencia familiar, alcoholismo o drogadicción, considerando a la mediación una puerta afectiva, apoyándose en todo un equipo de trabajo de abogados y psicólogos, entre otros.³³⁵

Nadie puede asegurar de antemano si una mediación va a fracasar, profetizar que el servicio pedido es inútil es un acto autoritario, siempre debe ser intentada si la pareja lo pide y nunca ha de ser el mediador quien diga no. Cuando las emociones están a flor de piel, o las personas están transitando una etapa netamente experimental, la mediación puede ser tremendamente eficaz si es bien dirigida.³³⁶

C) Premediación

Irving y Benjamín en su modelo de mediación familiar incluyen esta etapa, en conflictos de divorcio. Se prepara a los cónyuges, que no han resuelto el duelo por la separación, para que puedan llegar en mejores condiciones a la negociación. Esta labor se realiza por

³³⁵ Ibidem. pp. 52 y 53.

³³⁶ Cárdenas, José Eduardo. "La mediación en conflictos familiares. Lo que hay que saber." Ed. Lumen Hvmánitas, Buenos Aires, Argentina, 1988. p. 62

separado con cada uno de ellos durante algunas entrevistas, antes de poder sesionar todos juntos.

Previamente, para sondear las características de la pareja, los autores proponen empezar por la entrevista en la que observan:

- Nivel de estrés que presenta cada persona.
- La confianza en sí mismos y en su pareja.
- La capacidad de comunicación de cada uno y con el cónyuge.
- La capacidad para expresar afectos.

A partir de esto, perfilan en qué etapa se encuentra la pareja en conflicto, quienes pueden ya haber aceptado el divorcio. Así tienen claro ausencia de lazos emocionales y están listas para negociar, emprendiendo directamente la mediación. Sin embargo, en la mayoría de los casos, las parejas no han llegado a ese punto, aunque manifiestan su deseo de trabajar conjuntamente para buscar una salida amistosa. Estas personas tienen a flor de piel emociones y sentimientos encontrados que los confunden y les complican la comunicación, demostrando abiertamente su enojo, agresión, culpa o rechazo hacia su cónyuge y se sienten incómodos en su presencia.³³⁷

Si la pareja no está madura para separarse, la mediación se estanca, siendo también un indicio de que no está clara la decisión; en este caso será más conveniente una terapia de pareja que no es dada en

³³⁷ Rodríguez Villa, Bertha Mary et. al. op. cit. pp. 52 y 53

el proceso de mediación.³³⁸ La decisión de divorcio se tomó en un arranque sin considerarlo realmente, buscando tal vez la reconciliación.

Si bien es cierto, la mediación es un procedimiento que ayuda a la comunicación entre las partes, procurando sacar las emociones y sentimientos provocados por el conflicto, no es un procedimiento cuyo objetivo sea reanudar las relaciones, pues en el caso de divorcio el objetivo no es convencer de que no haya disolución matrimonial, sino coadyuvar a un final menos doloroso, bajando el estrés que no permite el diálogo, para que después conjuntamente cooperando las partes decidan las condiciones en que resolverán las situaciones legales económicas y de convivencia con los hijos.

La premediación, brinda apoyo individual, permitiendo acostumbrarse a hablar de los asuntos, así como a canalizar y expresar los sentimientos que no han podido liberar, con lo que baja su nivel de estrés, ganan confianza, aprenden a comunicarse y a expresar afectos. La pareja debe cubrir los siguientes objetivos:

- *Aceptar la terminación de su matrimonio*, vislumbrando su nuevo rol.
- *Aprender a mirar hacia el futuro*, dejando atrás las experiencias desagradables para obtener lecciones de la vida.
- *Aprender a formular un plan de acción*, clarificando objetivos, con acciones que conduzcan a su logro; lo que

³³⁸ Cárdenas, José Eduardo. op. cit. p. 62

ayuda a dividir problemas y atacarlos por partes, comenzando por resolver los más simples.

- *Aprender a definir sus prioridades*, detectando asuntos urgentes y ordenarlos de acuerdo a su importancia.
- *Establecer la buena voluntad y la confianza*, dado que es más sano separarse de una manera amistosa y encarar la separación como una tarea que tienen que enfrentar como pareja, haciendo a un lado resentimientos y unir los esfuerzos para que resulte lo mejor posible.
- *Establecer la igualdad de poderes*, reconociendo la capacidad de ambos para la toma de decisiones.
- *Establecer la importancia de primordial del bienestar de los niños*, toda vez que el divorcio es de los padres y los hijos necesitan de ambos aún cuando ya no vivan juntos.
- *Aprender a negociar*, en la que ambos resulten beneficiados.
- *Identificar barreras*, cambiando actitudes que obstaculicen la negociación, haciendo a un lado presiones familiares o externas que impiden llegar a un acuerdo.

Terminadas las sesiones individuales, se planea la primera entrevista conjunta para que la pareja comience con la negociación, enuncie sus problemas, establezca sus tareas más importantes y trace sus metas.³³⁹

³³⁹ Ibidem. pp. 53 y 54

De lo anterior podemos concluir, que la atención de conflictos familiares de violencia familiar o alguna dependencia al alcohol o drogas, no son impedimentos para que un asunto no pueda ser mediado, dado que constituye una oportunidad para quienes viven el problema, pudiendo sensibilizarlos con los beneficios de la mediación para solucionar el conflicto de manera voluntaria, pacífica, económica, rápida, flexible e imparcial; incluso en el IV Congreso de Mediación, celebrada en el Estado de México, del 27 de septiembre al 2 de octubre del 2004, con motivo de la intervención de una mesa de trabajo relacionado con la violencia de mujeres, se concluyó que en estos asuntos también se debe brindar la oportunidad de ser tratados en mediación, pues recordemos que el mediador cuenta con un equipo de trabajo que coadyuva en el procedimiento, que trabaja rescatando los aspectos positivos de las relaciones familiares que pueden lograr cambios en los esquemas de las personas, que en el peor de los casos de no resultar exitosa la mediación no será porque el método no es eficaz, sino simplemente en ese asunto no funcionó, como sucede también las sentencias judiciales, que no siempre se cumplen, no obstante existe coercitividad, lo que convierte a la mediación más bien en un proceso humano y benevolente, al dar la oportunidad de que pueda haber conciencia y posible cambio en las actitudes de las partes.

La posibilidad de las partes de gestionar su propio futuro en forma negociada, promoviendo cambios en la organización de la familia, al desequilibrar el poder y corregir la forma como hasta entonces se han tomado las decisiones, devuelve a las partes la posibilidad de hablar, la autoestima y el sentimiento de que el otro no está tratando de destruirlo sino de ayudarlo, los dos colaboran para solucionar el conflicto. No es automático que toda mediación bien hecha permita a las partes

solucionar todos sus problemas futuros sin ayuda, pero si que queden en una posición distinta, sabiendo que en el futuro podrán contar uno con el otro.³⁴⁰

Sin limitar la mediación familiar al divorcio, consideramos que la premediación constituye una etapa importante para el procedimiento, dado que brinda apoyo a las partes para prepararlas a la mediación, separando emociones y sentimientos que constituyen impedimentos para la negociación, pero sin hacerlos a un lado, más bien orientándolas a causas menos tensos, creando conciencia para poder dar solución a un conflicto de manera cooperativa y creativa con propuestas que terminen con un acuerdo beneficioso para todos.

La mediación siempre es aconsejada, y la etapa de premediación permitirá evaluar si el conflicto puede ser mediable, si se vislumbra disposición de las partes para dialogar y colaborar en la construcción de soluciones; de lo contrario, no podrá pasar a la etapa de la negociación, o puede que iniciada está etapa, no se haya logrado equilibrar los poderes y se observe que se esta convirtiendo en algo que no producirá frutos, por lo que deberá suspenderse y trabajar de nuevo con las tensiones hasta que pueda haber posibilidades de negociación y de continuar con dicha situación terminar, porque se volverá un ciclo vicioso.

Los lapsos transcurridos sin que el procedimiento avance, por una u otra razón, se denomina "*impasse*", que de continuar se podría perjudicar en el logro del objetivo.³⁴¹

³⁴⁰ Ibidem. pp. 64 y 65

³⁴¹ Castanedo Abay, Armando. op. cit. p. 65

II. FASE DE TRABAJO O NEGOCIACION

Esta fase inicia cuando se ha bajado el nivel de tensión por las emociones creadas por el conflicto, encontrándose preparada las partes para intercambiar alternativas que den solución a su conflicto, que serán negociadas con el objetivo de obtener mutuamente beneficios.

La función del mediador aquí será la de identificar y calificar las alternativas de solución. El modelo de mediación que se trabaja en el Centro de Resolución de Disputas de Austin, Texas en Estados Unidos, atiende la mayoría de sus casos en una sola sesión. En una propuesta similar Beer y Stief proponen *sesiones separadas*, que permiten el acercamiento con el mediador para tratar asuntos más íntimos, aclarar asuntos específicos y tomar acuerdos de lo que se puede decir frente al otro o precisar los límites que tiene cada parte para la negociación; *sesiones múltiples*, en caso de que no exista la posibilidad de terminar en una sola jornada, ya sea porque se alargó mucho y los participantes están demasiado cansados, porque todavía hay muchos asuntos a tratar, porque los involucrados se sientan muy presionados, entre otras situaciones, *la sesión de amarre*, que se destina al trabajo que el mediador por su cuenta, sin la presencia de la pareja, a fin de elaborar los documentos de seguimiento del caso y /o cerrar el expediente, ocupándose también para comentar con el comediador o con otros colegas.³⁴²

A) Elaboración del contrato para someterse a Mediación

En él se estipulan las condiciones de trabajo del mediador y la pareja, el respeto que se deben guardar las partes en el proceso, el costo del servicio, en el caso de ser desarrollada la mediación privada, toda vez

³⁴² Cárdenas, José Eduardo. op. cit. p. 65

que la impartida por el Estado, en sede judicial es gratuita, la confidencialidad, renuncia al uso de lo trabajado como medio de prueba, la renuncia a citar como testigos a los mediadores o miembros del equipo interdisciplinario y las formas de reuniones.

B) Planteamiento del problema

En las sesiones separadas el mediador y las partes identifican los problemas, por lo que hay que agruparlos por nivel de importancia, aunque se trabaje más a fondo cuando se llegue a la negociación.³⁴³

Hay temas de extrema urgencia, como en el caso del divorcio, respecto de los alimentos de menores, la separación de cuerpos, hogar, entre otros, que conllevan a un preacuerdo, que tranquiliza a las partes en conflicto. Para lo cual ayuda hacer un listado por escrito, para que cada uno al hacerlo pueda en su propio ámbito establecer qué considera urgente, ahorrando tiempo tener dos versiones por escrito. Determinados los puntos de un preacuerdo urgente, el paso siguiente es que puedan conocerse entre ellos las posturas respectivas frente a los problemas individualizados. La posibilidad de hablar con libertad, sabiendo del respeto que generan las opiniones de todos, ayuda a que el enojo y la violencia no sean tan fuertes. Ya se ha asumido por las partes que se está allí para negociar. La práctica de soluciones de los preacuerdos, permite ver resultados y ello anima, o da pauta para nuevas alternativas, siendo un marco de inicio de solución.³⁴⁴

La actitud del mediador, respecto a las partes incide directamente en la efectividad del proceso, ya que debe reconocer la dignidad y

³⁴³ Ibidem . p. 69

³⁴⁴ Elicabe-Urriol Bustelo, Daniel J. op. cit. pp. 88 a 91

competencia de las partes para resolver su conflicto, pues a ellas pertenece el mismo; este reconocimiento puede ser de diversas maneras, mediante saludos amistosos, comportamiento comprensivo, escucha atenta y aceptación, acercamientos simples al problema para hacerlo más accesibles a las partes. El mediador debe insistir más en los procesos sintéticos del pasado, y en los analíticos en relación con el futuro; debe expresar, en todo momento, una visión positiva del conflicto utilizando todo su potencial para refrescar la relación interpersonal. El humor y la sonrisa son herramientas afectivas, especialmente para superar las agresiones o determinadas actitudes hostiles de las partes; tiene que reavivar la esperanza del perdón entre las partes.³⁴⁵

De acuerdo con lo anterior, se concluye la trascendencia de los conocimientos y la creatividad del mediador y su equipo de comediadores, pues de una adecuada mediación dependerá su éxito, toda vez que pueden presentarse nuevamente tensiones y emociones, las cuales deben ser controladas para volver al camino de la mediación, a fin de no salirse de los objetivos, recordando momentos agradables para estimular el final pacífico como en el caso de divorcio, cuando se les recuerda en un momento de tensión, cómo se enamoraron, se regresa a las partes a momentos felices, y esto ayuda a decidir sus situaciones futuras mediante la negociación.

Cada parte tiene la oportunidad de describir su punto de vista del problema, debiendo conocer la versión de la otra, despojándose cada uno de sus inconsecuencias y ataques, otorgando el mediador seguridad para que no sean interrumpidas las partes. Pueden los mediadores tomar si lo

³⁴⁵ Castañedo Abay, Armando. op. cit. pp. 46 y 47

consideran necesario para no olvidar aspectos dignos de retroalimentarse con posterioridad.³⁴⁶

“Los distintos estados emocionales por los cuales transitamos, nos conducen a comunicarnos de forma diferente. No funciona de la misma manera nuestra expresión cuando nos encontramos en estado de presión o estrés, que cuando nos encontramos relajados y descansados, o cuando nos liberamos de cargas emocionales que nos producen tensiones. Así ocurre cuando nos estamos comunicando con la misma persona, acerca del mismo tema, ya sea en momentos de tensión o de relajamiento. Tomar en consideración lo anterior y poder conocer las diferencias en lo que se dice, como se dice, quién lo dice, a quién se lo dice, y en qué momento de dice, no es más que atender a los códigos lingüísticos y paralingüísticos de cada persona que interviene en la relación comunicacional, conocimiento que se traduce en más de media victoria para el mediador y el proceso.”³⁴⁷

Por ello las técnicas de la mediación, como toda profesión, no se aprenden con la teoría, sino con la práctica, sobre todo en este método de solución, en el cual las experiencias de otros mediadores e instituciones adquieren trascendencia; en los congresos y talleres aportan siempre conocimientos nuevos, siendo hasta cuestiones de debate, pero que retroalimentan al método.

C) Negociación

Es la etapa de mayor importancia para las partes. Una vez que planteados los problemas y sus expectativas, cada uno propondrá

³⁴⁶ Ibidem. p. 50

³⁴⁷ Ibidem. p. 51

alternativas, eliminando algunas opciones de inmediato, haciéndose mutuamente concesiones con el objetivo de que la familia en general resulte beneficiada, tomando en cuenta las necesidades y posibilidades para cumplir con lo que se comprometan, pues de ello dependerá el cumplimiento del convenio al que se llegue.

La etapa de la negociación y toma de decisiones constituye un momento en que los participantes examinan la realidad y las consecuencias de las opciones que han desarrollado. La tarea del mediador consiste en replantear la negociación, para hacer la pregunta ¿Cuál es la opción que se ajusta mejor a las necesidades generales?. El mediador debe impulsar a los participantes para que cambien de una negociación competitiva hacia una postura cooperativa de solución de problemas, alentando la interacción entre ellos. Durante esta etapa se intercambian los patrones de conversación. Al principio el mediador iniciaba la comunicación con cada uno de los participantes en forma individual; ahora los participantes interactúan entre sí.³⁴⁸

El mediador debe poner en claro cuál es la meta, es un agente de la realidad, aquel que hace a los participantes duden de la aceptación responsable y firmeza de sus posiciones originales, a medida que van negociando: “Me pregunto si a su hija le agradaría esto”. En lugar de menoscabar o evitar este intercambio de opiniones el mediador simplifica lo que están haciendo las partes a través de la reflexión, esclarecimiento y preguntas simples, como ¿dinos lo que piensas, Jim? o “Elaine, has estado manifestando lo feliz que te sentirías si pudieras encontrar una solución a este problema.” Como oyente el mediador observa y da supervisión, interviniendo periódicamente en el intercambio, con el objeto

³⁴⁸ Folberg, Jay et. al. op. cit. pp. 67 y 68.

de poner a prueba lo práctico y aconsejable que una opción puede ser, así como evitar la coacción. El mediador debe ayudar enfrentando a las partes a sus conflictos ocultos y sus expectativas implícitas, ambos deben tener la oportunidad de entender las perspectivas recíprocas y sentir que su punto de vista ha quedado entendido, debiendo esta confrontación ser llevada de forma que el participante entienda claramente que está dirigida hacia la falta de avance del proceso y no constituye un ataque personal.³⁴⁹

La intervención del mediador, es ayudar a que en las partes fluyan propuestas para la solución del conflicto, prevaleciendo en todo momento la decisión de acuerdo a sus vivencias y necesidades, las cuales en materia de divorcio tendrán que negociarse con base a la forma manejada cuando tenían una vida común y armoniosa de acuerdo a las posibilidades económicas reales de quien ha de cumplirlas, siempre procurando su bienestar recíproco.

D) Presencia de los hijos conflictos familiares del divorcio

Existen diferencias al respecto, sobre todo en menores de edad y adolescentes. Hay razones para afirmar que es buena:

- Personaliza al hijo.
- Posibilita que dé su opinión sobre puntos que lo afectan.
- Muestra su imagen a los padres.
- Muestra a los padres la imagen que los hijos tienen de ellos y viceversa.
- Permite visualizar las auténticas necesidades del hijo.
- Permite completar el círculo del sistema familiar y
- Permite añadirle novedad.

³⁴⁹ Ibidem. pp. 69 y 72

Pero hay otras razones para afirmar que es riesgosa:

- Puede involucrar más a los hijos en el conflicto de lo que están.
- Puede oficializar que tomen partido.
- Pueden permitir que hablen por otro.
- Puede que a un progenitor no le guste lo que digan y se retire de la mediación, o
- Se sienta no querido o descalificado por el hijo.

Para aprovechar las ventajas y eludir los riesgos, es preferible hablar de la participación opcional y oportuna, lo primero porque es una decisión el traer a la mediación al hijo y ordenada porque debe tener un encuadre consistente y programado.³⁵⁰

Consideramos que si este método procura el menor daño posible a las relaciones familiares, definitivamente llevar a los hijos a la mediación, en el momento oportuno, será positivo para concientizar a los padres de las necesidades de amor y apoyo de ambos para el menor, permitiendo que las cuestiones económicas y de convivencia sean realmente cumplidos, porque por el propio amor a los menores no podrán prestarse para dañar al menor. Cuantas veces en un juicio se ordena las convivencias, y la madre obstaculiza su cumplimiento, por molestar a la contraparte, sin darse cuenta del daño causado al menor, a quien quizás de niño pueda engañar, pero el cual terminará dándose cuenta de la realidad, debiéndole al menor la felicidad de compartir con ambos su vida.

³⁵⁰ Cárdenas, Eduardo José. op. cit. pp. 144 y 145

Generalmente es útil que los padres escuchen al hijo cuando éste dice que lo más importante es que no se peleen ni hablen mal el uno del otro, el mediador debe alabar la inteligencia del hijo y felicitar a los padres por haberlo criado con tanta personalidad como para expresarse de ese modo. Cuando la mediación termina es bueno recibir nuevamente al hijo, en presencia de sus padres, para que éstos le expliquen los puntos acordados, siendo bueno felicitar a los padres frente a los hijos, por su esfuerzo y éxito en acordar, a fin de asegurar que el futuro será bueno.³⁵¹

Cualquier participación del niño referente a lo que quiere o no tiene un alto riesgo de ser un traspaso de responsabilidades. Cualquier acto de elección hecho por el niño al respecto estará influenciado por situaciones y circunstancias y quedará inscrito como un acto de poder que no le corresponde por su ubicación y edad dentro del grupo, con las graves consecuencias psíquicas correspondientes. Si la pareja tiene dudas, discusiones o diferencias respecto de lo adecuado para el niño, lo mejor es obtener información a través de un psicodiagnóstico, mediante juegos o visita de un trabajador social, dependiendo del tipo de información.³⁵²

Si el niño participa no se le deben dar detalles del problema de pareja; deben saber que no vivirán más juntos y hacerlos sentir seguros, con el apoyo y amor de ambos padres, que si bien es cierto cambiará su vida, porque ellos no podrán vivir juntos, sin embargo, seguirá contando con ellos. Pueden acudir a una terapia, fuera del proceso de mediación.

³⁵¹ Ibidem. p. 148

³⁵² Elicabe-Urriol Bustelo, Daniel J. op. cit. p. 102

III. FASE DE CLAUSURA

Obtenido el consenso de las partes, en los puntos se dará por terminada la sesión de mediación, para pasar a la etapa de redacción del convenio, si se llegó a él, toda vez que no siempre se llega a un acuerdo, o únicamente se llega a acuerdos parciales, sin que ello quiera decir que no fue eficaz la mediación, dado que si bien es cierto no se llegó al mismo, también puede que después regresen y lleguen a formalizar el acuerdo.

El mediador en la última sesión recapitula sobre el proceso, haciendo énfasis en cada una de las habilidades adquiridas por cada uno de los involucrados para tratar cualquier asunto, que se les presente en el futuro. Técnicamente se trata de abrir la posibilidad de resaltar la satisfacción de haber participado abierta y amistosamente en las decisiones que afectarán sus vidas.³⁵³

Al tratar el acuerdo de mediación las partes podrán concurrir con sus abogados para continuar con la etapa judicial, la cual es una etapa ajena al proceso de mediación, para que aprobado que sea judicialmente, sea elevado a cosa juzgada.

Consideramos que en esta etapa el abogado de las partes juega un papel importante, pues debe revisar que este conforme a la ley, no obstante el mediador en todo momento vigiló que así fuera, por así contar en su equipo con abogados o ser él mismo abogado, además de que no siempre las partes cuentan con un abogado, pero de contar con él, éste

³⁵³ Rodríguez Villa, Bertha Mary et. al. op. cit. pp. 71 y 72

no debe convertirse en un obstáculo para la firma del convenio, pues pensemos que en el caso de divorcio, este es voluntario.

IV. Posmediación

Después de concluida la mediación, en los centros que se dedican a desarrollar el procedimiento, además se realizan investigaciones sobre el método y formulan estadísticas.

“El seguimiento de los casos, es para los mediadores, una parte muy importante del proceso, sobre todo en los primeros momentos de establecimiento de esta nueva institución en un país. Es la única forma que tenemos de verificar su operatividad. Se debe realizar en todos los casos, aún en los que no llegaron a un acuerdo. Nos hemos sorprendido varias veces, después de mediaciones supuestamente fracasadas, de que no habían sido tales, ya que aunque las partes abandonaron el proceso, lo vivido en el cambio la relación entre ellas, y amigablemente negociaron solas. Lo ideal es que se lleve a cabo con ambos participantes, pero cuando el acuerdo sigue vivo, la información prestada por alguno de ellos puede ser suficiente.”³⁵⁴

Lo más usual, rápido y útil es hacerlo por teléfono, siendo interesante verificar:

1. Si el acuerdo se ha cumplido en toda su extensión o parte.
2. Cuáles han sido los motivos por los que no se cumplió con algo de lo pactado.
3. Si ha habido modificaciones, cómo han sido negociadas

³⁵⁴ Suares, Marinés.” op. cit. p. 275

4. Si ha fracasado el acuerdo, cuál ha sido razón para ello.³⁵⁵

El seguimiento es trascendental, sobre todo cuando la mediación se desarrolla en sede judicial, pues muchas veces se tendrá que justificar su eficacia, para aprobar los presupuestos correspondientes para continuar con este método.

C. Interdisciplinas

En los conflictos familiares se conjugan cuestiones tanto jurídicas como sentimentales y emocionales, por lo que en el proceso de mediación intervienen distintas disciplinas, las cuales aportan distintos conocimientos y técnicas que coadyuvan conjuntamente a facilitar la toma de decisiones en solución del conflicto.

El proceso de mediación, requiere no sólo de la voluntad de las partes; para llegar al diálogo se necesita habilidad del mediador, con conocimiento de relaciones interpersonales y de conflictos, conjuntamente con la colaboración de psicólogos y abogados.³⁵⁶

Debe complementarse el experto, con profesionales en trabajo sociales, psiquiatras, psicólogos, que a través del intercambio de conocimientos, articulando ideas, profundizando en el estudio interdisciplinario, contribuyan a enriquecer y abordar la conflictividad. La mediación busca concentrar especialistas, de tal manera que se procure un clima social más pacífico para lograr rescatar el elemento esencial de

³⁵⁵ Loc. cit.

³⁵⁶ Cano Córdoba, Corina. La mediación en los procesos de divorcio: una alternativa a los conflictos familiares. En la Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico. Memorias del Congreso Internacional de Métodos Alternos: mediación, evaluación neutral y arbitraje. op. cit. p. 432.

la vida en sociedad: el diálogo, como fórmula cualitativa para una solución real, efectiva y más humanizada.³⁵⁷

La mediación interdisciplinaria se mueve en su accionar en las necesidades de la familia en crisis, de sus peticiones concretas en cuanto a los objetos o temas a mediar y las dificultades para obtener los acuerdos en el tratamiento de la negociación, sin un modelo único, busca la solución usando todos los elementos al alcance del grupo de trabajo.³⁵⁸

La mediación interdisciplinaria no es una terapia psicológica ni aplica sus técnicas, pero no puede desconocer los aportes de la ciencia psicológica para comprender mejor la situación, ofrecer técnicas de negociación más adecuadas a las características personales de las partes y sustentarse en sólidos conocimientos sobre el tema, la discriminación que debe realizar el mediador entre sus conflictos y los de la familia en crisis.³⁵⁹

La mediación sirve para trabajar la crisis familiar sin entrar a fondo en un tema psicológico, actividad más propia de la terapia individual o grupal, ni tampoco para entrar sólo en un análisis frío desde el derecho, en el cual todo lo que tiene relación con el afecto y las sensaciones queda totalmente fuera del análisis. Procurar entender cómo estaban organizadas las funciones del grupo, entender qué cambio, comprender que fue lo modificado para producir la crisis, facilitará la negociación entre las partes.³⁶⁰

³⁵⁷ Ibidem p. 434

³⁵⁸ Elicabe-Urriol Bustelo, Daniel J. op. cit. p. 17

³⁵⁹ Loc. cit.

³⁶⁰ Ibidem. p. 57

El mediador debe evitar que lo seduzca el papel de terapeuta con una pareja altamente emocional; combinar éstos roles confunde al cliente y al mediador, impidiendo concentrarse en la negociación de un acuerdo sobre materias prácticas para terminar la disputa.³⁶¹

“Un mediador familiar que se respete, si bien debe hacer gala de cierta psicología e inteligencia, no debe actuar como un psicólogo propiamente dicho; si percibe que aquellos o aquellas que se dirigen a él necesitan los servicios de un psicólogo profesional, no debe reemplazarle haciendo cualquier chapuza psicológica, sino que más bien debe enviarles a alguien competente en esa materia. Lo que deja claro que el mediador no tiene que inmiscuirse en los misterios del arte psicológico; el mediador y el psicólogo tienen funciones distintas.”³⁶²

Habitualmente cuando una pareja no está madura para separarse, la mediación se estanca, lo que es un indicador de que no está clara aún la decisión, siendo mejor sugerir una terapia de pareja oportuna, la cual de ningún modo ha de ser el mediador quien la lleve adelante, aunque esté profesionalmente capacitado para ello.

La terapia de divorcio puede ayudar a los miembros de la pareja a comprender qué no funcionó en su relación, construir un puente hacia la nueva situación de soltero, preparar el futuro, establecer nuevas relaciones post-divorcio, mantener de forma constructiva las relaciones con los hijos y relacionarse adecuadamente con la excónyuge coincidiendo con la mediación familiar en que no pretende obtener la

³⁶¹ Suares Marinés. op. cit. p. 118

³⁶² Six, Jean Francois. “Dinámica de la mediación” Editorial Paidós. Barcelona, España. 1997. p.60

reconciliación, aún cuando ésta pueda darse a lo largo del proceso de ayuda a la pareja.³⁶³

Si bien en la mediación intervienen diversas disciplinas, no significa que el proceso deba convertirse en una terapia familiar o en una sesión psicológica, aunque el mediador esté capacitado para ello, pues nunca debe perderse de vista que la mediación es ante todo un método para solucionar conflictos, a través de la negociación, la cual es asistida por un tercero, que en el caso concreto, puede tener conocimientos de distintas disciplinas que coadyuven para facilitar la comunicación entre las partes, quienes sugerirán y negociarán alternativas de solución al conflicto.

No pasa desapercibido que la mediación es practicada por diversos profesionistas como abogados, psicólogos, terapeutas, trabajadores sociales, sin verse limitado únicamente a estos profesionistas, pues dependiendo de la materia, puede ser practicada por otros profesionistas, como contadores, administradores, empresarios, educadores, notarios, entre otros.

La corta historia de la mediación en Occidente ha propiciado que accediesen a su práctica profesionales de diversas disciplinas: trabajadores sociales, consejeros matrimoniales, abogados, educadores o psicólogos. Los conocimientos básicos necesarios para poder llevar a cabo la mediación familiar se encuentran dispersos en distintas disciplinas: la psicología de la interacción, el derecho, la economía, las teorías de la negociación, del conflicto, de la comunicación, entre otras.

364

³⁶³ Ripol-Millet, Aleix. "Familias, trabajo social y mediación." Ed. Paidós. Barcelona, España. 2001. p. 60

³⁶⁴ Ibidem. p. 226

Sea cual fuere la profesión de quienes se dediquen a la mediación, lo importante es dotarles de habilidades de establecer empatía, creatividad y facilidad de comunicación.³⁶⁵

No debe pasarse desapercibido, que para la elaboración de los acuerdos se necesitan conocimientos de la ciencia jurídica, pues además de las formalidades legales que éste debe contener, la ley en materia familiar tiene características de orden público e interés general, las cuales deben ser tomadas en cuenta en su elaboración. Así debe tenerse conocimientos de derecho familiar, en el caso de que posteriormente deban ser presentados los acuerdos ante el Juez para la declaración de cosa juzgada, retomando con ello nuevamente la importancia del experto en la ciencia jurídica.

La mediación no busca conciliar o cambiar la decisión de una pareja de divorciarse, sino ayuda a la separación voluntaria a facilitar la toma de acuerdos que atiendan las necesidades y posibilidades de quienes deben cumplirlos.

La creación de sistemas de acoplamiento que permitan nuevas y más ricas articulaciones de las relaciones sociales es, según Freynet, el objetivo general del trabajo social. La mejora de la comunicación, la facilitación de un clima positivo (pacífico) en los implicados en una intervención grupal, evitar robar protagonismos a la familia en decisiones que debe tomar ella, restituir a un grupo de convivencia la iniciativa que jamás debieron perder, ayudar a que los miembros de un grupo familiar crezcan en autoconocimiento y autodominio y sepan poner en lugar del otro, son objetivos del trabajo social, que las técnicas de la mediación

³⁶⁵ Rodríguez Villa, Bertha Mary. Et. al. op. cit. pp. 148 y 149

pueden promover. Esta forma de intervención social con familias, inspirada en la mediación, es posible en alguno de los múltiples contextos que utiliza el trabajo social. Pero, no convierte a las actuaciones en mediaciones familiares.³⁶⁶

De lo anterior, se concluye que así como en la mediación intervienen conocimientos de diversas disciplinas, las técnicas de la mediación sirven también de instrumento en otras áreas como el trabajo social, entre otras.

La intervención de otras disciplinas en la mediación, se ve reflejado en los resultados del proceso, toda vez que coadyuvan directamente con el mediador, facilitando el acercamiento y comunicación entre las partes, a fin de que ellos mismos propongan la solución a su conflicto mediante la negociación, para finalizar con la formalización de un acuerdo con el que ambas partes estén satisfechas, pues en todo momento conservan plenamente el poder de decisión sobre la solución de conflictos.

D. Co-mediación

Como antes ha quedado señalado, la eficacia de la mediación depende de un buen procedimiento, en el que el mediador debe contar con amplios conocimientos y técnicas para lograr que las partes se negocien, contando para ello con otros colegas mediadores que participan en el proceso, intercambiando e integrando habilidades, puntos de vista, denominados co-mediadores, quienes también tienen conocimiento de la conducción del procedimiento.

³⁶⁶ Ibidem. p.145.

En el Centro de Resolución de Disputas de Austin, Texas en Estados Unidos, en divorcios participan un hombre y una mujer, para facilitar el proceso y crear además un ambiente balanceado en lo que se refiere a la perspectiva de género y al poder adquirido por las partes.³⁶⁷

Los co-mediadores por tanto, deben tener la misma formación que un mediador, contando con las herramientas de:

- Habilidad para establecer empatía, relación de confianza y credibilidad
- Capacidad para explicar claramente el proceso de mediación
- Capacidad para identificar modos de comunicación, posturas, intereses, repartos de poder
- Imaginación y creatividad
- Capacidad para gestionar en climas conflictivos
- Habilidad para establecer objetivos, determinar estrategias y estimular la participación
- Capacidad para permanecer imparcial
- Capacidad para mantener equilibrio de poderes.³⁶⁸

En caso de existir temor generalizado, inseguridades, temor a ser convencidos por presión, miedo, porque nunca se ha animado a discutir con su pareja y sienten que tampoco podrá hacerlo por más que esté el mediador presente, es conducente trabajar con técnicas de entrevistas por separado, tratándose con respeto y precisión por parte del equipo. La presencia de co-mediadores es muy útil para poder transmitir el mensaje con mucha precisión.³⁶⁹

³⁶⁷ Cárdenas, José Eduardo. op. cit. p. 65

³⁶⁸ Rodríguez Villa, Bertha Mary et. al. op. cit. p. 148

³⁶⁹ Elicabe-Urriol Bustelo, Daniel J. op. cit. p. 86

De acuerdo con lo anterior, los co-mediadores enriquecen el procedimiento, en beneficio de las partes que acuden a la mediación familiar.

E. Acuerdos

Analizado anteriormente el procedimiento de mediación, podemos señalar que el acuerdo constituye el esfuerzo coordinado de las partes con la ayuda del mediador y todo un equipo de expertos en diversas disciplinas, que les auxilió en el entendimiento de su conflicto, para resolverlo negociadamente conforme a las necesidades de toda la familia y las alternativas realmente posibles de cumplirse, y sobre todo con consecuencias legales.

Se aprecia un esfuerzo, sobre todo en los conflictos familiares, que son los más difíciles de resolver, por desencadenar una serie de sentimientos, emociones y pasiones mezcladas con cuestiones económicas, como en separación de bienes en un divorcio o la repartición de bienes en un intestado; así mismo porque resuelven el destino no sólo de cuestiones económicas, sino de personas, como en el caso de los divorcios respecto de los hijos menores, al decidir quién se queda con la guarda y custodia, o los alimentos para los padres o incapacitados, a quienes la ley también les concede el derecho, y no siempre se está conciente de ello, toda vez que en nuestra sociedad nos olvidamos muchas veces de ellos, entre otros, muchos asuntos que en la vida diaria ni nos imaginamos hasta conocerlos en los Juzgados, y que por ello muchas de las veces ni se reclaman, pues el someterse a un juicio se considera caro, desgastante y difícil.

El acuerdo contiene la decisión y compromiso de los participantes de coordinar sus conductas a partir de ese momento y en el futuro.³⁷⁰

Durante el procedimiento se va tomando nota de los puntos de las declaraciones de los participantes que los mediadores creen trascendentes para el acuerdo, siendo importante las palabras y frases que utilizan, ya que la inclusión de las mismas como parte de las cláusulas del acuerdo, le confiere cierta especificidad que permite que los participantes lo reconozcan como producto propio. Los mediadores repasan los puntos de negociación, las conductas específicas que cada uno se ha comprometido a realizar. Debe cerciorarse de que ambos comprenden y significan de la misma forma cada una de ellas, valorando fundamentalmente el cambio de relación generado entre ellos, haciendo un borrador y cuando las propuestas han sido suficientemente elaboradas, se comienza la redacción del acuerdo. Es recomendable anticipar que puede aparecer alguna dificultad cuando se quiera poner en práctica lo acordado, y si esto ocurre pueden volver a acudir a la mediación.³⁷¹

El hecho de presentarse dificultades en la práctica del convenio, es una situación muy real, pues no olvidemos que se están llevando a cabo nuevas formas de organización en el grupo familiar, lo que traerá seguramente alguna situación no prevista, o que por la dinámica de la vida cambien, pero no obstante ello, las partes han aprendido a resolver de una forma pacífica, y tal vez no necesiten ya de la ayuda de la mediación en el que los auxilio un tercero, porque son capaces de

³⁷⁰ Suares, Marínés." op. cit. p. 364

³⁷¹ Ibidem. pp. 364 y 365

resolverlo ellas solas, lo que significa un cambio definitivamente positivo en las relaciones familiares.

Debemos tomar en cuenta que no siempre las partes asisten asesoradas por un abogado a la mediación, por lo que el mediador debe tener conocimientos jurídicos o contar en su equipo con un abogado que los proporcione. Cuando tienen abogado, éste asume la revisión de documento y el asesoramiento correspondiente a su cliente.

En la mediación pueden celebrarse preacuerdos y acuerdos definitivos; en los primeros se resuelven cuestiones urgentes, como lo relacionado con alimentos, convivencias con los menores, entre otros, que son de gran auxilio al poner previamente en práctica ciertas situaciones que de no resultar, podrán ir variando hasta decidir la mejor alternativa para el acuerdo final; considerando que aquí es importante guiar a los participantes, en la cuestión creativa de sus alternativas de solución para lograr el objetivo deseado por ellas, tomando en cuenta los intereses de cada una y el valor que le conceden, a fin de cubrir necesidades recíprocas.

“Según el entrenamiento para el mediadores del Centro de Mediación de Brooklyn, Estados Unidos de Norteamérica, al escribir el acuerdo el mediador debe:

1. Utilizar un lenguaje claro y conciso
2. Separar los elementos conformadores del acuerdo asignando un número ordinal para cada uno de ellos.
3. Usar los nombres y apellidos de las partes, no sobrenombres ni categorías como demandante y demandado o remitido y no remitido.

4. Escribir las fechas acordadas por las partes para el cumplimiento del acuerdo, evitando las abreviaturas en tal sentido.
5. Ser tan específico como sea posible.
6. No incriminar a ninguna de las partes por sus acciones u omisiones pasadas
7. Listar los distintos elementos del acuerdo en el mismo orden en que el mediador los fue logrando, de los más sencillos a los más complejos
8. Siempre que sea posible, cada elemento conformador del acuerdo debe entrañar deberes de una parte relacionados con expectativas de la otra parte.
9. Si uno de los elementos del acuerdo, al momento de listarlos, comienza con deberes correspondientes a una parte, el siguiente debe comenzar con deberes de la otra parte.
10. Si alguno de los deberes reflejados en el acuerdo se refiere al pago de cierta cantidad de dinero, consignar ésta con letras y no con números. En este caso, además se debe señalar con que propósito se entregará el dinero en relación con el acuerdo.
11. Individualizar los bienes acerca de los cuales se han logrado acuerdos entre las partes.³⁷²

Como ya antes se mencionó, los acuerdos únicamente deben tratar sobre materias de derecho dispositivo de las partes, nunca sobre derechos tutelados o de interés público. En derecho familiar no se puede pactar para adquirir derechos sustantivos, sino que con los ya adquiridos en caso de surgir un conflicto, se faculta para que a través de la voluntad

³⁷² Castanedo Abay, Armando. op cit. pp. 128 y 129

de las partes resuelvan o prevengan un conflicto, e incluso, señalar la forma en que se exigirá en caso de incumplimiento, en el cual se puede señalar a la mediación, dejando al juicio como la última alternativa.

Al respecto señala la tesis publicada a página 753, Tomo CIV, del Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, de la Tercera Sala, con la voz:

PATRIA POTESTAD, ES IRRENUNCIABLE (ESTADO CIVIL Y DERECHO DE FAMILIA, CONVENIOS EN MATERIA DE. LEGISLACION DE NUEVO LEON). La patria potestad es irrenunciable, de acuerdo con el artículo 448 del Código Civil del Estado de Nuevo León. Además, en todas las cuestiones relacionadas con el estado civil y el derecho de familia, sólo son válidas las convenciones expresamente autorizadas por la ley, de manera que las que no se amparan en las normas jurídicas conducentes, adolecen de nulidad. Esto significa que en tales casos, no existe ni funciona el principio de la autonomía de la voluntad, que opera en el derecho patrimonial.

Amparo civil en revisión 2952/49. Garza de Peña Guadalupe Hermonia. 21 de abril de 1950. Unanimidad de cuatro votos. El Ministro Roque Estrada no intervino en este asunto por las razones que constan en el acta del día. Ponente: Vicente Santos Guajardo.

Asimismo, señala la tesis II.3o.C.36 C, publicada a página 1297, del Tomo XV, Marzo de 2002, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, con el rubro:

AUTOCOMPOSICIÓN VOLUNTARIA. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 8o., FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO

FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y alcance de la norma deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el legislador. Así, el método genético-teleológico permite, al analizar la exposición de motivos de determinada ley, descubrir las causas que generaron la norma. En la exposición de motivos del Código Federal de Procedimientos Civiles de mil novecientos cuarenta y tres, se dejó establecido que la intervención de la autoridad judicial para decidir los conflictos de los particulares sería lo excepcional, propiciando que sean los propios interesados quienes de manera pacífica y espontánea solucionen sus diferencias y el legislador estableció el acotamiento de que la composición privada no está permitida en casos tales como el divorcio voluntario, la rectificación de actas del estado civil y los derechos que de éstos emanen; sin embargo, no puede decirse que esa prohibición a la autocomposición también incluya conflictos del tipo económico, que no están vinculados con los altos valores que él protegió.

El acuerdo de mediación, jurídicamente tiene la naturaleza de un contrato de transacción, toda vez que conforme al artículo 2944 del Código Civil para el Distrito Federal, su objetivo principal es terminar una controversia o prevenir una futura, mediante recíprocas concesiones.

“Supone sacrificios o concesiones recíprocas. No se puede hablar de transacción cuando una sola de las partes hace concesiones a la otra, y ésta a aquélla no. Pero reciprocidad no quiere decir igualdad en los sacrificios.”³⁷³ Armando Abay Casteñada, señala que si las partes esperan justicia, la mediación no es el método que se adecua a sus necesidades.

La autonomía privada va a constituir y reglamentar una nueva relación jurídica entre las partes, que goza de una eficacia más o menos directa, según los casos:

- Si el conflicto deriva de acuerdo, y este se ratifica en presencia judicial, una vez que gane firmeza, tiene la eficacia de las resoluciones judiciales firmes, produciendo por tanto los efectos de cosa juzgada.
- Si el conflicto deriva de acuerdo pero este no se ratifica en presencia judicial, el documento en el que se plasme tiene la misma validez que cualquier otro documento privado de obligado cumplimiento entre las partes.³⁷⁴

Lo que ha dado tanto renombre a la mediación en temas familiares no es que se homologuen sus acuerdos, sino que éstos se siguen cumpliendo después de pasados varios años, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias judiciales.³⁷⁵

De acuerdo con el artículo 2953 del Código Civil para el Distrito Federal, los efectos de transacción respecto de las partes tienen la

³⁷³ Dorantes Tamayo, Luis. op cit. p. 239

³⁷⁴ Muñoz García, Carmen. “ Aspectos jurídicos de la mediación familiar.” En la Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Madrid, España. Marzo-abril. 2003. p. 275

³⁷⁵ Suares, Marínés. “Mediando en sistemas familiares.” op. cit. p. 369

misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada. El legislador al dar la eficacia de cosa juzgada le esta dando el alcance que tiene cualquier contrato, en el que las partes se obligan a lo expresamente pactado. Efectivamente la transacción se asemeja a la cosa juzgada cuando termina una controversia judicial y es ratificada ante autoridad, pero cuando previene una controversia al extinguir una obligación todavía no sometida al conocimiento de la autoridad, entonces es sólo un convenio susceptible de incumplimiento. Dicho convenio está regulado por las leyes sustantivas y sin que se le apliquen las normas procesales correspondientes a la cosa juzgada.³⁷⁶

El Poder Judicial Federal en México, se había estado pronunciando en relación con la transacción de acuerdo con lo prevenido por el artículo 2953 del Código Civil del Distrito Federal, que tenía respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero para que pudiera tener los efectos de una sentencia, se necesitaba que fuera ratificada por las partes ante la autoridad judicial y fuera aprobada, como la tesis publicada en la página 2287, Tomo LXXXIV, del Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, de la Tercera Sala, bajo la voz:

TRANSACCIONES JUDICIALES, REQUISITOS DE LAS. De acuerdo con lo prevenido por el artículo 2953 del Código Civil del Distrito Federal, la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero para que pueda tener los efectos de una sentencia, se necesita que se lleve a cabo con todas las formalidades legales, esto es, que sea ratificada por las partes ante la presencia judicial, que sea aprobada por el Juez o tribunal respectivo y que se notifique el auto de aprobación.

³⁷⁶ Martínez Alfaro Joaquín. op. cit. pp. 442 y 443

Asimismo, se había pronunciado que en vía de apremio únicamente procedía la ejecución de convenios judiciales, como en la tesis publicada a página 984, del Tomo XXII, Diciembre de 1993, en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, con el rubro:

TRANSACCION. CONVENIO PRIVADO DE. IMPROCEDENCIA DE SU EJECUCION EN VIA DE APREMIO. Conforme a lo dispuesto en el artículo 500 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que regula la ejecución de sentencias en la vía de apremio, ésta procede a instancia de parte, únicamente cuando se trate de la ejecución de una sentencia o de un convenio celebrado en juicio, así como respecto de la ejecución de convenios celebrados ante la Procuraduría Federal del Consumidor y de los laudos que emita; y el párrafo final del artículo 501 del mismo ordenamiento legal precisa que la ejecución de los convenios celebrados en juicio la hará el juez del conocimiento, siempre y cuando conste en escritura pública o judicialmente en autos. En consecuencia, para que proceda la vía de apremio en la ejecución de un convenio privado celebrado en forma particular, sin que interviniera ninguna autoridad de las citadas o en escritura pública, no puede obligarse a la parte que no lo haya cumplido a acatarlo en la vía de apremio, ya que ese contrato privado no tiene el carácter o alcance de sentencia ejecutoria o que traiga aparejada ejecución.

Emitiendo criterio también en el sentido de que la ejecución de la transacción extrajudicial sí procedía su ejecución en vía de apremio, en la tesis publicada a página 453, del Tomo VII, Junio de 1991, del Semanario Judicial de la Federación, por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, bajo la voz:

TRANSACCION, CONTRATOS DE, CELEBRADOS EN FORMA JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL. TIENEN CALIDAD DE COSA JUZGADA Y ES PROCEDENTE SU EJECUCION EN LA VIA DE APREMIO. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 500 y 533 del Código de Procedimientos Civiles para el

Distrito Federal, la Sección Primera del Capítulo V, del Título séptimo de ese ordenamiento, que regula la procedencia de la vía de apremio, contrariamente a lo aducido por el juez de Distrito, sí es aplicable a la ejecución de los contratos de transacción, ya sean celebrados en forma judicial o extrajudicial, porque la citada ley adjetiva no hace distinción; por otro lado, los mencionados contratos no requieren de la declaración del órgano jurisdiccional, de que tienen la calidad de cosa juzgada, porque tal calidad se las concede expresamente el artículo 2953 del Código Civil, y tampoco es necesario que se celebre en un juicio o que pongan fin a un procedimiento arbitral, por su validez y ejecución, de conformidad con los numerales 2944 y 533 de los ordenamientos sustantivo y adjetivo citados.

Sin embargo, la Primera Sala de Suprema Corte de Justicia de la Nación recientemente por contradicción señaló que la transacción tiene calidad de cosa juzgada y es procedente su ejecución en vía de apremio, en la Jurisprudencia 1a./J. 41/2000, publicada a página 55, del Tomo XIII, febrero de 2001, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, bajo el rubro:

TRANSACCIÓN, CONTRATO DE. TIENE CALIDAD DE COSA JUZGADA Y ES PROCEDENTE SU EJECUCIÓN EN LA VÍA DE APREMIO. El artículo 2944 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que por transacción debe entenderse el contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura; por su parte, el diverso artículo 2953 del referido Código Civil previene que la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada. Ahora bien, al ser esencial que este tipo de contrato sea bilateral, como consecuencia necesaria de la reciprocidad de concesiones que se hacen las partes, lo que supone la existencia o incertidumbre de un derecho dudoso, de un derecho discutido o susceptible de serlo, y que origine obligaciones de dar, hacer o no hacer que correlativamente se imponen los contratantes, pues precisamente su objeto es el de realizar un fin de comprobación jurídica, esto es, de establecer la certeza en el alcance, naturaleza, cuantía, validez y exigibilidad de derechos, cuando

se celebra, las personas que en dicho contrato intervienen están obligadas a lo expresamente pactado. Es por lo anterior que lo establecido en los artículos 500 y 533 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, cuando previenen, el primero, que la vía de apremio procede a instancia de parte cuando se trate de la ejecución de una sentencia y, el segundo, que todo lo dispuesto en relación con la sentencia comprende los convenios judiciales y las transacciones, las cuales deberán ser de aquellas que ponen fin a una controversia presente o previenen una futura, controversia que forzosa y necesariamente debe existir, es aplicable al contrato de transacción, pues reúne las condiciones apuntadas, y ante ello es claro que puede exigirse su cumplimiento en la vía de apremio.

Contradicción de tesis 79/98. Entre las sustentadas por el Segundo y Quinto Tribunales Colegiados, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 22 de noviembre de 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

Tesis de jurisprudencia 41/2000. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintinueve de noviembre de dos mil, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

En la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha el seis de septiembre del dos mil cuatro, al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, previó en el artículo 205, párrafo segundo, en relación a los convenios obtenidos en el Centro de Justicia Alternativa, que resuelvan guarda y custodia y el derecho de convivencia, podrá solicitarse ante el Juez de lo Familiar su cumplimiento en la vía de apremio, con lo que le esta otorgando eficacia de cosa juzgada, limitado únicamente a esos casos, atento a que son celebrados por el mencionado Centro, que es un órgano administrativo dependiente del

Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, el cual hasta el momento únicamente brinda el servicio de mediación en materia familiar.

Asimismo, por disposición de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Quintana Roo, el convenio suscrito por los mediados, tiene valor de cosa juzgada equiparable a sentencia definitiva.³⁷⁷

En situaciones como el divorcio, la autoridad judicial necesariamente debe pronunciarse, por ser conforme a la ley, la única competente para disolver el vínculo matrimonial; en consecuencia si se celebró transacción extrajudicial para este efecto, necesariamente el acuerdo debe incluir una cláusula donde se comprometen a presentarlo ante el Juez. Pudieron haber pactado sobre separación, alimentos, división de bienes, convivencias, y de hecho hasta estarse cumpliendo, pero no habrá disolución del vínculo matrimonial hasta en tanto no se presente con la solicitud de divorcio voluntario. De igual forma acontece en el caso de que se haya convenido modificación del régimen patrimonial del matrimonio, el cual debe presentarse para que haya dicha modificación .

Nos hemos percatado de que el trámite ante la autoridad judicial como ya no forma parte del procedimiento de mediación, ya no se lleva ante el órgano judicial, sobre todo cuando la mediación fue desarrollada de manera gratuita, en la cual los participantes no contaron con abogado y al acudir ante el Juez tendrán que hacerlo con asesor, quién cobrará por sus servicios, y aunque el Estado también proporcione defensores de oficio, no siempre se cumple el trámite, debiendo ser explícitos y

³⁷⁷ Gorocica Coral , Lucía Guadalupe. Director del Centro de Asistencia Jurídica. Chetumal Quintana Roo. II Coloquio de Justicia Alternativa. Abril. 2004.

reiterativos respecto al cumplimiento de acudir al órgano judicial para que el convenio surta los efectos.

Cada vez debe tenerse conciencia de resolver conflictos familiares mediante transacción, a través de recíprocas concesiones, haciendo uso de la negociación, así como empezarse a crear la cultura de realizar los trámites exigidos por la ley para crear las consecuencias de derecho, toda vez que se está acostumbrado en primer término, a pretender una solución, sin pensar en futuras situaciones; por el contrario, debe asegurarse el estricto cumplimiento de lo pactado, sin riesgos, que en derecho familiar resultan trascendentales.

En este sentido deben promoverse reformas legales que faciliten a los particulares los trámites para que acudan a medios alternativos de solución de conflictos, sobre todo porque no interrumpa términos procesales, lo que puede ocasionar que de no llegar a un acuerdo en mediación y no contar con abogado, pueda traer consecuencias jurídicas en detrimento de las participantes.

F. Abogados

Los abogados juegan un papel importantísimo en la mediación, toda vez que al estar asesorando a un cliente constituyen un medio para canalizar los asuntos a este método, incluso quienes tienen capacitación en la mediación pueden practicarla, haciendo participes a los sujetos del conflicto. El litigio siempre debe ser la última alternativa, sin que el hecho de someter el asunto a mediación se reste honorarios, como muchos profesionistas piensan, pues puede celebrarse un contrato de prestación de servicios profesionales, donde se pacte el pago de honorarios

independientemente del medio de solución del conflicto, dando con ello certeza al profesionalista, y seguridad al cliente de que en el procedimiento de mediación estará asesorado.

De hecho, seamos realistas, no todos tienen la capacidad económica de contratar los servicios de un abogado, por lo que no están perdiendo clientes, sobre todo en personas que acuden a la mediación propiciada por el Estado, quienes definitivamente nunca iban a contratar un abogado, y en el caso de asuntos en los que si hay capacidad económica para contratar asesor jurídico, éste debe ser más comprometido con su profesión y evaluar los asuntos para asesorar sobre el método más adecuado, pues no todos necesariamente se tienen que resolver litigando en un órgano judicial, ni todos a través de la mediación; posiblemente en el juicio se decidan por un convenio judicial, a través de la conciliación.

“Es importante, si las partes así lo prefieren, acudir al mediador acompañados de sus respectivos abogados, sólo para que los guíen y asesoren jurídicamente, y en su caso, los aconsejen sobre la redacción del acuerdo final; pero de ninguna manera los abogados deberán intervenir más de lo necesario y mucho menos para hacer reclamados judiciales.”³⁷⁸

“La utilización de la mediación por parte de los abogados (a) representa la oportunidad de despojarse de la mancha de manipuladores e instigadores de la exacerbación de los conflictos interpersonales y de asumir su profesión para realmente contribuir a fortalecer el desarrollo de la cultura para la justicia. Afortunadamente existen países donde los

³⁷⁸ Márquez Algara, María Guadalupe. op. cit. p. 95

abogados(a) están liderando este cambio; ya están trabajando, conforme al nuevo paradigma que privilegia la comunicación y la búsqueda de acuerdos entre las partes, están convencidos que el comportamiento litigioso prolonga el dolor y aumenta la desconfianza entre las partes. No quieren ser más cómplices de una justicia que no responda a expectativas de la sociedad, ni mucho menos colaboradores de la desintegración social. Por supuesto que no persiguen la desaparición del poder judicial como herramienta esencial de todo estado democrático, no pretenden una sociedad sin administración de justicia, lo que buscan es que se fortalezca, reformando las leyes y la conviertan en un recurso más accesible a los ciudadanos”³⁷⁹

Durante los últimos 10 años, los abogados se han dado cuenta de que el modelo de confrontación les deja una única herramienta en sus manos, lo que puede recordarles el refrán *“si tu única herramienta es el martillo, todo parece un clavo”*. Todos los problemas de sus clientes empiezan a parecer clavos, al ser el martillo de la confrontación el único enfoque. Cada caso es único, y tener una caja de herramientas llena de diversos instrumentos de solución, se ha convertido en una necesidad para la práctica de la buena abogacía. Diagnosticar el caso y adecuarlo al proceso de solución más apropiado se ha convertido en una habilidad valiosa para enfrentarse de la mejor manera a las necesidades de los clientes. Sandra Day O’Connor describe que en un buen sistema legal, los tribunales no deben ser el lugar donde comiencen las soluciones de las disputas, sino los espacios donde finalicen, después de haber examinado e intentado los métodos alternativos de solución.³⁸⁰

³⁷⁹ Ibidem. pp. 95 y 96

³⁸⁰ Grover Duffy, Karen y et. al. op. cit. p. 229

Los abogados pueden canalizar los asuntos a la mediación antes de iniciar una demanda o iniciada ésta ante el órgano judicial, no obstante lo proponga el Juez, al ser una decisión voluntaria de las partes, esta es consultada a los asesores legales, dependiendo muchas veces de dicha asesoría su aceptación para someterse a éste método de solución de conflictos. Muchas de las veces se convierten en un obstáculo para someterse al proceso, pues desconocen la mediación, lo que provoca desconfianza en el método, piensan también que el litigio les dejará más honorarios, sin pensar en el conflicto del cliente, deshumanizando la profesión, no obstante dentro de este proceso, será indispensable su asesoría para su cliente; por lo que se debe sensibilizar a los abogados sobre las ventajas de la negociación, que también traerá beneficios para ellos, pues cuentan con un método flexible, rápido y económico que inclusive en un menor tiempo podrán contar con sus honorarios.

De acuerdo con lo anterior, las Universidades, están obligadas también a entrar al cambio, y prever en sus programas de estudio estos temas, pues ellos, deberán ser también difusores no sólo de la mediación sino de todos los medios alternativos de solución de conflictos, proporcionando así diversas herramientas para desarrollar la profesión.

El abogado al determinar si un conflicto es apto para la mediación, debe examinar y jerarquizar los intereses y objetivos del cliente, los riesgos y costos del conflicto si fuera a pleito, las posibles alternativas de solución de conflictos, proponer la mediación a la parte contraria, además debe determinar qué tipo de mediador es el más adecuado para el cliente

y para el conflicto en cuestión, así como considerar alternativas si la mediación no funciona y subsiste el conflicto.³⁸¹

La experiencia ha enseñado que cuando se ofrecía espacios en donde se podían aliviar tensiones existentes y obtener acuerdos estables, los abogados los recibían con beneplácito y colaboración, sucediendo más de una ocasión que cuando el proceso mediador se interrumpía por situaciones de mucha intransigencia de una de las partes, su propio abogado renunciaba al patrocinio, encontrando la causa en que los temas de familia son sustancialmente problemas de afectos y por más distancia que los abogados ponen con sus clientes, no es fácil defender causa en las que habiendo niños de por medio y una seria voluntad de la otra parte de llegar a acuerdo, su propio cliente es quien se resiste a todas las propuestas, situaciones en las cuales no faltará otro profesionista que se haga cargo del caso, siendo típica la situación que a lo largo de un proceso, han sido varios los abogados que han pasado por la defensa de una sola de las partes.³⁸²

En una encuesta dirigida a abogados sobre el conocimiento de la existencia de la legislación de medios alternativos para resolver conflictos contestó de manera afirmativa en el 68%, citando principalmente la conciliación, el arbitraje y la mediación. Al cuestionarse acerca de su participación en alguno de ellos solo el 28% respondió afirmativamente y de éstos el 26% lo hizo en conciliación y el 2% en arbitraje. Se obtuvieron resultados favorables en el 85%. La percepción de los abogados con relación a qué tan conformes están sus clientes con el resultado de los

³⁸¹ Picker, Bennett G. "Guía práctica para la mediación. Manual para la resolución de conflictos comerciales." Ed. Paidós. American Bar Association . Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje. México. 2001. p. 58 a 61

³⁸² Elicabe-Urriol Bustelo, Daniel J. op. cit. pp. 77 y 78

juicios, indica que de los que probaron su acción solamente el 60% esta conforme con el resultado y el 97% de los que no probaron su acción están inconformes.

Al cuestionarlos si consideraban viable la incorporación de medios alternos de solución de conflictos 90% contestó afirmativamente. 77% refirió conocer lo que era un mediador, y manifestó 70% estar dispuestos a capacitarse para apoyar a sus clientes en mediación.³⁸³

De acuerdo con lo anterior, el abogado no debe limitar a los clientes a que resuelvan en conflicto mediante juicio, sobre todo en conflictos familiares, sino proponer diversas alternativas que redunden en su beneficio, dejándolos satisfechos con el resultado obtenido, haciendo menos doloroso el conflicto que definitivamente contiene circunstancias no gratas, pero que definitivamente deben superarse y con miras al futuro convenir soluciones que dejen en la medida de lo posible buenas relaciones.

IV. Eficacia de la mediación, como método alternativo en la solución de conflictos familiares.

Como antes quedó precisado cada asunto es distinto, y en ninguno podrá asegurarse el éxito de la mediación, toda vez que las conductas humanas son imprescindibles, tal vez asuntos de violencia familiar, que en principio no se creía que pudieran sujetarse a la mediación, logren el convenio, a diferencia de otros conflictos sin ese problema.

³⁸³ Márquez Algara, María Guadalupe. op. cit. pp. 131 y 132.

En la determinación de la eficacia de la mediación juegan un papel muy importante las estadísticas basadas de los asuntos, constituyendo un punto importante sobre todo para la mediación pública, proporcionada por el Estado, a fin de que se impulse este método y no se recorten o eliminen los presupuestos destinados a los programas destinados para su ejercicio o implantación.

“Las estadísticas en países en los cuales la mediación es utilizada para resolver disputas nos muestran un alto porcentaje de resoluciones y de satisfacción con los resultados. El Centro Piloto de Mediación del Tribunal de Justicia de la Pcia. de Córdoba, en dos años de funcionamiento, obtuvo un 64% de acuerdos en los casos mediados.”³⁸⁴

En 1980 se estableció un programa de mediación entre padres e hijos denominado Children’s Hearings Project, en las ciudades de Cambridge, y Somerville, Massachussets, para ampliarlo luego a toda la provincia, se llevó a cabo un riguroso análisis de sus resultados, antes de que el proyecto sucumbiera por causa déficit presupuestario, las familias trabajadoras que se sometieron al programa, facilitó la comunicación entre padres e hijos adolescentes y modificó la forma en que éstos trataban sus problemas. La mayoría de las familias participantes llegó a adoptar acuerdos escritos después de dos o tres sesiones, los cuales se concretaron a la vida familiar, como el reparto de tareas domésticas. Dos terceras partes de los que alcanzaron un acuerdo, informaron varios meses después que éste seguía funcionando totalmente o en parte y que había favorecido la situación general de la familia. Más de la mitad aseguraron que la experiencia había facilitado la comunicación con el

³⁸⁴ Grua de Galán, María de las Mercedes et. al. “Mediación. Lineamientos generales para seleccionar y preparar un caso para ser mediado” Ed. Marcos Emer Editora Córdoba. Córdoba, Argentina. Sin año. p. 13.

resto de sus familiares; casi el 60% afirmaron que el proceso había incrementado la comprensión entre ellos. El mejor entendimiento les había ayudado a solucionar sus conflictos mediante la negociación en lugar de pelearse. El 70% de los miembros de la familia confirmaron que había menos peleas y discusiones en casa. Más de la mitad de las familias aseguraron que, después del proceso de mediación, encaraban los conflictos de un modo diferente, generalmente hablando las cosas.³⁸⁵

Un estudio posterior del programa de mediación en familias de escasos recursos del distrito de Washington reflejó resultados aún más positivos. Alrededor del 90% de las familias lograron llegar a un acuerdo, el 80% de dichos acuerdos se mantenían dos meses después, más del 90% constataron que los problemas que les había animado a someterse a la mediación se habían resuelto, al menos en parte, y la mayoría observaban que había mejorado la relación y la comunicación entre los miembros de la familia.³⁸⁶

Los anteriores estudios y estadísticas demuestran la eficacia de la mediación, la cual no sólo se basa en que las partes lleguen a un acuerdo, sino en el cambio que obtienen en sus relaciones, en la forma de resolver futuros conflictos, los cuales ya talvez no serán legales, sino derivados de la vida cotidiana, lo que significó una alternativa más para quienes acudieron a la mediación.

Un estudio sobre asuntos familiares en Washington D.C. por el programa Multi-Door Courthouse (literalmente Juzgados Multipuertas, proyecto que respondió a una iniciativa de los tribunales de aumentar las

³⁸⁵ Singer. L.R. op. cit. pp. 54 y 55

³⁸⁶ Ibidem. p. 55

vías de acceso a los mismos y establecer una pluralidad de medios de legitimación pasiva) reveló que una gran proporción de los participantes en la mediación judicial obligatoria estaban más descontentos con los resultados de sus casos y habían decidido con posterioridad recurrir a acciones legales, que aquellos que no habían participado en la mediación.³⁸⁷

Joan Kelly confeccionó un estudio similar, pero centrado en las diferencias entre parejas de California del Norte que eligieron voluntariamente acudir a la mediación y las que habían contratado un abogado para litigar o entablar una negociación tradicional. La mediación obtuvo una elevada puntuación, toda vez que los que acudieron a la mediación voluntaria afirmaron haber tenido muchos menos conflictos con sus ex esposos seis meses antes de la disolución del matrimonio, y menos desavenencias respecto a la custodia de los hijos y el régimen de visitas durante la tramitación del divorcio, que el resto de los encuestados. Además el estudio demostró que la mediación había fomentado eficazmente la cooperación entre los padres durante todo el proceso de divorcio. Por último, ambos estudios demostraron que la mediación suponía un cierto ahorro económico en comparación con el litigio y que el coste no era muy superior cuando la mediación fracasaba, dado que el estudio se centro en los programas de mediación auspiciados por tribunales. Los encuestados que habían litigado o habían negociado a través de un abogado, se gastaron en total un promedio de 134% más que los que se sometieron a la mediación. Comparativamente una pareja se gasta en mediación 5.234 dólares y en cualquier otro proceso unos 12.226 dólares.³⁸⁸

³⁸⁷ Ibidem. p. 66

³⁸⁸ Ibidem. pp. 67 y 68

Con lo anterior, se demuestra que de no respetarse el principio de voluntariedad, las partes no tienen disposición para negociar, por lo que sería un grave error si el legislador lo prevé como obligatorio, previo al juicio, dado que únicamente se convierte en un requisito o trámite con cual se debe cumplir, no obstante las ventajas que ofrece la mediación en la solución de conflictos sobre todo en los familiares.

Las estadísticas del Centro de Justicia Alternativa, en el Distrito Federal, indican el porcentaje de conflictos familiares radicados en el primer año de su funcionamiento del 1º de septiembre del 2003 al 1º de septiembre del dos mil cuatro, advirtiéndose que el divorcio lo encabeza con un 26%, le siguen la pensión alimenticia con el 14%, régimen de visitas 10%, guarda y custodia 6%, sucesiones 2%, otros 8%, disolución o modificación del régimen de sociedad conyugal 1%, constituyendo 33% los informativos. Los asuntos que han sido remitidos por publicidad de carteles constituye el 62%, por periódico 1%, radio 1%, boletín judicial 1%, Instituto de la Mujer del Gobierno del D.F 1%, por la Asociación Mexicana de Padres y Madres de Familia Separados A.C 3%, Centro de Apoyo Integral de Apoyo a la Mujer 3%, Abogados 2%. Asimismo se obtuvo de una evaluación del procedimiento de mediación lo siguiente:

Evaluación	Bueno	Muy Bueno	Excelente
1. La comunicación que se obtuvo con la otra persona fue:	44	36	175
2. A usted lo escucharon de manera:	22	34	199
3. Escuchó a la otra persona de manera:	24	39	192
4. Los acuerdos que elaboraron son:	26	31	199
5. El procedimiento fue:	13	39	194

Ahora bien del 1° de septiembre del 2003 al 1° de septiembre del 2004, han tenido un notable incremento en el conocimiento de asuntos, toda vez que en el 2003 iniciaron en septiembre con 11 asuntos, en octubre tuvieron 9, noviembre 20, diciembre 34. En el 2004 en enero 60, febrero 75, marzo 252, abril 229, mayo 193, junio 140, julio 88, agosto 163 y septiembre 96 asuntos. En cuanto a los convenios celebrados tan solo en el mes de septiembre del 2004 fueron 15 y sin convenio 8.³⁸⁹

Cabe señalar que el centro ha tenido una publicidad controlada a fin de no tener más asuntos de los que podrían atender, no obstante de los datos anteriores, demuestran que la mayoría de asuntos esta relacionada con la información del método, lo cual lejos de considerarse un fracaso, por el contrario aún cuando no se someten al procedimiento de mediación tienen conocimiento del mismo, con lo que se da también difusión a esta forma de solución de conflictos, provocando paralelamente la sensibilización de resolver los mismos de forma pacífica. Es obvio que en comparación con el número de asuntos que conoce un Juzgado Familiar constituye un porcentaje bajo, sin embargo, el porcentaje de las personas que han celebrado convenios a través de este método enfatizan su satisfacción con el mismo, por lo que es una oportunidad para los gobernados el poder contar con alternativas proporcionados por el Estado para resolver asuntos familiares de manera pacífica y cooperativa.

“El éxito de la mediación, es una demostración de la necesidad que tienen los sistemas jurídicos tradicionales de diversificar los servicios ofrecidos a la población para la resolución de sus controversias.”³⁹⁰

³⁸⁹ Información proporcionada por el Centro de Justicia Alternativa, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

³⁹⁰ Grúa de Galán, María de las Mercedes. op. cit. p. 64.

A continuación se ejemplifica en el siguiente cuadro, el porcentaje de asuntos familiares que se que se conocieron en sede judicial, de acuerdo a información proporcionada en el IV Congreso Nacional de Mediación, celebrado en Toluca Estado de México, del 27 de septiembre al dos de octubre del 2004, en los Estados que a continuación se precisan:

	Materia Civil	Materia Familiar
Querétaro	56.18%	40.35%
Baja California	35.70%	26.42%
Puebla	17%	53%
Oaxaca	28.30%	26.65%
Estado de México	10%	80%
Guanajuato	64%	10%

Asimismo, del informe de labores 2003-2004 del Poder Judicial del Estado de México, se señaló que el servicio de mediación y conciliación ha tenido resultados fructíferos, siendo relevante su contribución en el desahogo y atención de asuntos que anteriormente se encontraban sujetos a un tratamiento judicial, advirtiéndose de los datos proporcionados en dicho informe, los convenios celebrados en mediación:

Centro de Mediación y Conciliación	Con convenio	Sin convenio por decisión de una de las partes
Toluca	405	196

Tlalnepantla	224	171
Chalco	13	5
Ecatepec	12	3
Naucalpan	13	12
Cuautitlán	6	5

Constituyendo el 80% el número de asuntos en materia familiar.

La mediación que se imparte por el Estado, es menos costosa que la privada en la que si genera honorarios, sin embargo, ambos afortunadamente persiguen los mismos fines facilitar la comunicación de las partes en conflicto a manera de que ellas mismas negocien la solución que quedará plasmada en un convenio. A fin de cuentas si se tiene éxito la mediación tendrá un menor costo tanto económico, como emocional, pero para ello las partes deben estar plenamente consientes de que en el se va a negociar, quien no adquiere esa responsabilidad de resolver los conflictos por ellos mismos, indudablemente la mediación no es el mejor método para resolver un conflicto familiar.

El futuro de la mediación descansa también en el nivel de satisfacción en los resultados obtenidos. La participación de jueces y abogados, debe ser completada por un accionar eficaz por parte de los mediadores intervinientes. Los recursos humanos, con los que cuenta esta nueva profesión, deben ser optimizados a través de formación y práctica continua. En este sentido, la mediación no es un procedimiento más para lograr un acuerdo. La mediación es un camino de crecimiento

personal y profesional, un cambio de paradigma y una intención de vida.”

391

No soluciona todos los conflictos, por lo que en su práctica debe estarse consciente de ello, para no crear frustraciones y aún dilatar más la solución de los mismos, porque finalmente se tenga que acudir a la instancia judicial la cual ya antes quedó precisada debe tratarse como la última opción.

El éxito en la mediación familiar tiene mayores expectativas, toda vez que existió en el pasado una relación cordial, por lo que podrá volverse a entablar la comunicación basada en los sentimientos y lazos que existieron en las partes, para realizar un último esfuerzo conjunto en aras de resolver en los mejores términos un conflicto.

A. Solución pacífica de conflictos

Si pensamos en la tramitación de un divorcio necesario, si no se acredita la causal por la que se promovió, no se declarara la disolución del vínculo matrimonial, y en vano se llevó un proceso judicial, que lo único que provocó fue pérdida de tiempo, y dinero, desgaste emocional y no solucionó el problema y en el más grave de los casos empeoró. Por ello, el que se busque solución de los problemas familiares a través de la mediación mediante la negociación facilitada, resuelve el problema de acuerdos a las necesidades de tanto de padres como hijos, transformando incluso las relaciones entre ellos de manera que perduren de la manera

³⁹¹ Ibidem. pp. 9 y 10.

más cordial posible, pues aún cuando hay divorcio entre padres, éstos siguen vinculados por las obligaciones que perduran con los hijos.

El hecho de existir un conflicto, no necesariamente es negativo, en ello se convierte cuando las partes, pretenden resolverlo mediante la contienda, que en muchas de las veces se vuelve interminable, al convertirse en un círculo en el que obviamente nadie quiere perder. Debe considerarse la diversidad de percepciones respecto de una misma situación, lo cual inevitablemente acarrearía desavenencias, que pueden solucionarse de manera cordial, mediante métodos de negociación.

Se debe sensibilizar a los ciudadanos, sobre los beneficios de la solución de conflictos mediante métodos como la mediación, adquiriendo o recuperando los valores de la tolerancia, del perdón, de brindar la oportunidad de resolver de manera distinta a la contienda un conflicto, que en la familia siempre repercute por los lazos que unen a sus integrantes, por las metas comunes a futuro, por la confianza e ilusiones pérdidas en un proyecto de vida frustrado, y por tantas cosas más, que sólo la familia que sufre el conflicto podría describir.

El número de conflictos dirimidos en el Poder Judicial es muy alto, provocando retrasos en la administración de justicia, al sobrepasar las capacidades normales de los Juzgados, evidenciando en la práctica que un gran número de asuntos pudieron haberse solucionado de una manera distinta a la contienda, pero que por desconocimiento de otros métodos acuden a los Tribunales.

Por ello, el Estado tiene la obligación de ofrecer a los gobernados distintas formas de resolver conflictos, difundidos para que sean utilizados.

Definitivamente la mediación es una oportunidad distinta de resolver un conflicto pacíficamente, que equilibra los estragos del propio conflicto, mediante la comprensión real del éste, sensibilizando a las partes para colaborar en su solución, negociando las diferentes alternativas propuestas con base en las situaciones de importancia, para que al final se vean mutuamente beneficiadas, generando acuerdos que producirán consecuencias de derecho.

¿Por qué pelear, cuando se tiene la posibilidad de negociar la solución? Ello, provoca menos estragos en los conflictos familiares, se olvidan resentimientos, que de no parar a tiempo se convertirán en odios irreversibles, cada vez más difícil de perdonar.

Quienes viven el conflicto para proponer alternativas de solución, pueden generar beneficios recíprocos en un acuerdo, que es el producto de ellos mismos, mediante el reconocimiento también recíproco de sus necesidades, basados en la negociación.

De acuerdo con lo anterior, la mediación en materia familiar es una vía pacífica y tangible que debe proporcionar el Estado a los ciudadanos, sensibilizándolos sobre la posibilidad de solucionar ellos mismos sus problemas, mediante una forma más humana y comprensiva de las expectativas de ambas partes, que les permita contar con alternativas de solución.

B. Prevención de conflictos

La mediación no es únicamente un método de solución de conflictos, sino también un método preventivo.

En la elaboración de los acuerdos de mediación, puede convenirse que en caso de resultar algún conflicto posterior deberá acudir a la mediación antes de agotar otro método, sin que esto se vuelva un mero trámite como antes quedó precisado cuando las parejas se sometieron a mediación coercitivamente, porque la diferencia está en que ellas mismas así lo decidieron, lo cual tampoco asegura la solución de ese nuevo conflicto, pero sí constituye una oportunidad determinada por las partes para futuros conflictos.

En materia familiar quienes han experimentado la mediación, tienen un cambio en la manera de interrelacionarse, toda vez que aplican la mediación en problemas cotidianos y eventuales que se van presentando en las relaciones de sus miembros, trayendo como consecuencia soluciones inmediatas y preventivas en posteriores conflictos mediante la negociación. Esto refleja una cultura de solución, sin la asistencia de un tercero que facilite la comunicación entre miembros de una familia, pues ya han aprendido a solucionar sus problemas de un modo diferente a la contienda, lo que resulta trascendental en los conflictos familiares, por la diversidad de percepciones de cada uno de sus integrantes tiene en la dinámica familiar.

La mediación en su función preventiva ayuda a establecer relaciones funcionales de pareja, las cuales en la actualidad se ven seriamente afectadas por muy diversos factores sociales, económicos,

culturales, entre otros, que no se toman en cuenta al momento de entablar el matrimonio y posteriormente crearan conflictos.

Pareciera que las uniones en la actualidad "son desechables"; cuantas veces escuchamos: "Si no funciona me separo". El porcentaje de divorcios y separaciones actualmente en México, alcanza cifras alarmantes y gran parte de estos divorciados y/o separados, vuelven a casarse o unirse y a divorciarse o separarse de nuevo. Una de las causas principales de este alto índice de divorcios y separaciones conyugales, *radica en la deficiente conformación de la pareja*. Generalmente las uniones se realizan sobre bases idealizadas, no hay un conocimiento objetivo del otro ni de las expectativas mutuas y hacia la relación, además de ser poco realistas, no se hacen explícitas. La mayoría de las veces, no somos conscientes del significado y compromiso con la pareja. Como consecuencia, en la vivencia cotidiana en pareja, nos confrontamos con la realidad y muchas veces no podemos manejarla, resultando el rompimiento; por ello una de las funciones principales de la mediación es fomentar que la pareja como fundamento de la familia, se conforme en un *acuerdo consciente* de los cónyuges. Si la pareja, antes de unirse, *reconoce, acepta, analiza y acuerda sobre sus diferencias*; entonces, establece un compromiso consciente y sobre todo, con una nueva y mejor forma de comunicación que le permitirá manejar positivamente sus conflictos; de tal manera que serían mucho menos las parejas que recurran al divorcio por no saber prevenir y manejar sus conflictos. Asimismo, estas parejas que han aprendido una forma diferente de

prevenir y manejar sus conflictos, cuando tengan hijos, les transmitirán una forma diferente de comunicación, mucho más positiva.³⁹²

De acuerdo con lo anterior, en los Registros Civiles, sería conveniente difundir la mediación como un procedimiento preventivo en conflictos familiares, concientizando a los contrayentes de sus diferencias para que acuerden previo al matrimonio, cómo preverlas, pues tal vez haya diferencias irreconciliables que pueden evitar una relación que más adelante ocasione conflictos mayores y más estragos, bastando como ejemplo para ello, la decisión del régimen conyugal, en el que la mayoría de las parejas no acuerdan si será separación de bienes o sociedad conyugal, sino hasta el momento de firmar y se deciden por el segundo, sin tener en consideración lo que ello implicara por no haber acordado previamente dicho régimen, ocasionando posteriores conflictos.

Roger Laconte, el cual cuenta con diversos centros en mediación familiar, señala estar convencido de la pertinencia y carácter preventivo de la mediación familiar, toda vez, que los mediadores familiares son ante todo, hombres y mujeres formados para estar atentos a la familias, a lo que compone su vida, a lo que puede mejorar el modo de existencia. Igualmente se vigilan las circunstancias de desequilibrio o posible destrucción, hipótesis en que los mediadores familiares ponen en práctica la prevención y avisan también a los poderes públicos de lo que pasa, en la familia de hoy, para no responder sólo a los casos de urgencia.³⁹³

³⁹² Gutiérrez Zamora del Río, Dolores. "La mediación como elemento de prevención y manejo de conflictos de pareja." IV Congreso de Mediación, celebrada en el Estado de México, México, del 27 de septiembre al 2 de octubre del 2004.

³⁹³ Six, Jean Francois. op. cit. pp.55 y 56

Así, la mediación en una forma integral debe aplicarse a la prevención de conflictos familiares, considerándola tan importante como la solución, y por tanto contemplada por el Estado.

C. Beneficios

Las partes a menudo experimentan frustración y dificultades durante las negociaciones para llegar a un acuerdo. Además de los problemas intrínsecos derivados del hecho de que las partes que intervienen en una negociación tienen puntos de vista opuestos y objetivos encontrados, hay otras cuestiones como los antagonismos personales, que dificultan el proceso de comunicación. En la mediación se puede mejorar la comunicación y negociación trabajando con las partes a efecto de:

- Enfocar el tema.
- Aclarar los malentendidos.
- Enmarcar las cuestiones.
- Explorar nuevas áreas de discusión.
- Alentar a las partes a hacer evaluaciones realistas.
- Fijar parámetros razonables para negociar.
- Marcar el ritmo de las negociaciones.
- Preparar a las partes sobre cómo proceder en las negociaciones.
- Que las soluciones propuestas sean mutuamente aceptables.
- Comunicación activa y afectiva
- Garantizar la equidad del procedimiento.³⁹⁴

³⁹⁴ Bennet G. Picker. "Guía práctica para la mediación. Manual para la resolución de conflictos comerciales. American Bar Association. Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje. Ed. Paidós. México, D.F. 2001. pp. 17 y 18

Nosotros consideramos como beneficios los siguientes:

- Solución pacífica del conflicto familiar.
- El procedimiento es flexible al no existir formalidades para su desarrollo; rápido, porque puede solucionarse hasta en horas, como el modelo de mediación que se trabaja en el centro de Resoluciones de Disputas de Austin Texas, en Estados Unidos, que prevé una sola sesión de 4 horas en promedio; económico, al resolverse más pronto, sin desgastes emocionales; predomina siempre la voluntad de las partes; confidencial, al permitir a las partes expresarse con la confianza contrario a un juzgado en el que al ser escuchados son criticados o enmendados por sus actuaciones en la relación familiar; todo lo hablado no será utilizado como medio de prueba en un juicio, al no formarse un expediente con actuaciones y todas las notas tomadas, serán destruidas; imparcialidad, la cual garantiza el equilibrio del procedimiento, pues no puede haber favoritismos hacia las partes, sino todo lo contrario comprensión del problema auxiliándolas en la negociación, guiando siempre hacia del equilibrio de poder.
- Quienes viven y sufren el conflicto familiar, deciden la solución, de acuerdo a necesidades reales y posibles de cumplir.
- Predomina la verdad, en la negociación, pues parten de circunstancias y acontecimientos ciertos, no inventados o preparados como comúnmente se hace en un litigio, los cuales con la pericia de un buen abogado se demuestran, aun siendo falsos.
- Promueve el valor del perdón, al transformar los sentimientos negativos, generadores de la contienda, en cuestiones tendientes a la negociación, sobre todo en materia familiar,

donde la confianza y el amor hacia los hijos, los padres y cónyuges, se ve trastocada, por circunstancias nocivas, que no deben convertirse en una lucha desgarradora y lastimen más que la circunstancia originadora del conflicto.

- Las partes participan de forma activa, creativa y cooperativa, a manera de obtener propuestas mutuamente satisfactorias.
- Facilita la comunicación activa y afectiva, máxime en conflictos familiares, donde las relaciones tienen una gran carga emocional.
- Facilita la negociación.
- Derriba barreras u obstáculos que imposibilitaban la negociación
- Es un método más humano
- No evade el conflicto
- Sin convertirse en terapia, ayuda a controlar sentimientos, emociones, pasiones, frustraciones, entre otros, surgidos con motivo del conflicto familiar, con el objetivo de preparar a las partes para la negociación.
- Ayuda a aceptar la terminación de las relaciones de pareja y realizar un último esfuerzo para terminarla en los mejores términos.
- Ayuda a las partes a sentirse comprendidas.
- Intervienen diversas disciplinas que coadyuvan con el mediador.
- Encamina a que las partes vean siempre por el bienestar de los menores.
- Facilita la subsistencia de las relaciones familiares aun cuando en el caso del matrimonio, éste se disuelva, en virtud de las obligaciones legales que subsisten frente a los hijos.

- Es una oportunidad para el cambio, en el caso de conflictos sobre violencia familiar o adicciones.
- En caso de no funcionar, se puede acudir a otro método de solución.
- Intervienen los abogados.
- Se prepara de un ambiente físico confortable que propicia la negociación.

En el taller de divorcio y mediación familiar, impartido por el Doctor Miguel Soto Lamadrid, en el IV Congreso de Mediación, celebrado en el Estado de México, del 27 de septiembre al 2 de octubre del 2004, se llegó a la conclusión de que si existe un inminente divorcio, éste debe ser en los mejores términos, brindando la mediación una alternativa para resolverlo de manera pacífica, donde las partes cooperen en la solución del problema, se genere el perdón y con ello, también la aceptación de la separación. La comunicación activa permite a las partes comprender su problema, sirve de experiencia y una vez perdonados los errores, en ocasiones deciden no separarse, al obtener cambios positivos, dando una lección de que si acuden a un juicio, se privan de la oportunidad de dialogar o tener contacto en un ambiente que les brinde confianza, para evitar el divorcio, si realmente es su deseo. Lo anterior, sin que convierta la mediación en un método de convencimiento para no divorciarse, sino en un método más humano, que permite a las partes aprender a manifestar sus emociones, sentimientos, sensibilizándose para la toma de decisiones.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La familia, como forma concreta de organización, basada en las relaciones de sus integrantes, al tener diferentes necesidades, metas e intereses, indudablemente provoca desequilibrios que originarán conflictos, cuya solución es de gran importancia para la sociedad, por contar con una serie de funciones socialmente reconocidas, al ser el grupo primario del ser humano, que constituye el pilar de su formación y donde evidentemente los valores más importantes se adquieren en dicho ámbito.

SEGUNDA.- Se debe sensibilizar a los ciudadanos, sobre los beneficios de utilizar métodos como la mediación, con el fin de adquirir o recuperar valores como el de la tolerancia y el perdón, generando la posibilidad de resolver de manera distinta la contienda que en la familia, siempre afecta por los lazos existentes entre sus integrantes, por las metas que se tenían para el futuro, por la confianza que existía, por las ilusiones perdidas en un proyecto de vida frustrado, y por tantas cosas más, las cuales únicamente la familia que sufre el conflicto, podría describir.

TERCERA.- La ley familiar es de orden público, los deberes y derechos no son negociables, pero sí la forma de cumplirlos. Esto ha permitido que la mediación sea cada vez más utilizada, con las ventajas de un procedimiento rápido, flexible, económico, imparcial y sobre todo que atiende a las necesidades y posibilidades reales de las partes, con un enfoque solidario en atención a los lazos existentes dentro del núcleo básico, dando mayor intervención a todos sus miembros, por resultar

trascendente para llegar a un acuerdo que cubra las expectativas de todos, permitiendo una participación activa, creativa y cooperativa.

CUARTA.- La eficacia de la mediación depende de un buen procedimiento, en el cual el mediador debe contar con amplios conocimientos y técnicas para lograr la negociación entre las partes, contando para ello, con otros colegas mediadores que participan en el proceso, intercambiando e integrando habilidades, puntos de vista, denominados co-mediadores, quienes también tienen conocimiento de la conducción del procedimiento, enriqueciendo al mismo, en beneficio de las partes que acuden a la mediación familiar.

QUINTA.- Cada asunto es distinto, y en ninguno podrá asegurarse el éxito de la mediación, toda vez que las conductas humanas son imprescindibles, tal vez asuntos de violencia familiar, los cuales en principio no se creía que pudieran sujetarse a la mediación, logren el convenio, a diferencia de otros conflictos sin ese problema.

SEXTA.- En comparación con el número de asuntos que conoce un Juzgado Familiar constituye un porcentaje bajo en comparación con los resueltos en mediación; sin embargo, el porcentaje de las personas que han celebrado convenios a través de este método enfatizan su satisfacción con el mismo, resultando por tanto eficaz, además de constituir una oportunidad para los gobernados el poder contar con alternativas proporcionados por el Estado para resolver asuntos familiares de manera pacífica y colaborativa.

SÉPTIMA.- La mediación no es únicamente un método de solución de conflictos, sino también puede ser un método preventivo, toda vez que en la elaboración de los acuerdos de mediación, puede convenirse que en caso de resultar algún conflicto posterior deberá acudirse a la mediación antes de agotar otro método; asimismo, ayuda a establecer relaciones funcionales de pareja, al fomentar un acuerdo consciente por parte de la misma, antes de decidir unirse, reconociendo, aceptando y analizando sus diferencias, a fin de establecer un compromiso consciente y sobre todo, una nueva y mejor forma de comunicación que le permitirá manejar positivamente sus conflictos, con lo cual se evitaría que menos las parejas recurrieran al divorcio por no saber prevenir y manejar sus conflictos, sin responder sólo a los casos de urgencia.

OCTAVA.- El que la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya emitido jurisprudencia en el sentido de que los contratos de transacción en forma judicial o extrajudicial, tienen calidad de cosa juzgada, y es procedente su ejecución en la vía de apremio, facilita el camino para la aplicación de la mediación, ante la incertidumbre que existe respecto de los convenios celebrados en mediación por ser privados, aunado a que el artículo 205, párrafo segundo de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en materia familiar respecto de los convenios celebrados con motivo de guarda y custodia y convivencia, podrá solicitarse su cumplimiento al Juez en la vía de apremio, sin que pase desapercibido que en materia familiar la autoridad judicial necesariamente debe pronunciarse, por ser conforme a la ley la única competente para declarar determinadas situaciones como el divorcio.

NOVENA.- Los medios de justicia alternativa, trae como consecuencia, mejoras a la administración de justicia, impulso de nuevas formas de solución de conflictos de forma pacífica, y lejos sustituir a los Tribunales, trae como consecuencia, descargas de trabajo para los mismos.

DÉCIMA.- Analizar y evaluar las aportaciones más relevantes de la mediación en sede de procuración y administración de justicia, a fin de inducir programas, estrategias y líneas de acción que impulsen la solución colaborativa de conflictos.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Alcalá-Zamora y Castillo Niceto. “Proceso, autocomposición y autodefensa, contribución al estudio de los fines del proceso”, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2000.
- 2.- A. Bossert, Gustavo y A. Zannoni, Eduardo. “Manual de derecho de familia.” 5ª ed. Ed. Astrea. Buenos Aires Argentina. 2001.
- 3.- A. Zannoni, Eduardo. Derecho Civil. “Derecho Civil.” Tomo I Derecho de Familia. 4ª ed. Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2002
- 4.- Arias Londoño, Melba. “La Conciliación en Derecho de Familia.” Ed. LEGIS. Bogota, Colombia. 2002.
- 5.- Becerra Bautista, José. “El Proceso Civil en México”, Ed. Porrúa S.A. México. 1992.
- 6.- Bennet G. Picker. “Guía práctica para la mediación. Manual para la resolución de conflictos comerciales. American Bar Association. Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje. Ed. Paídos, 2001, México, D.F. pp. 17 y 18
- 7.- Bentham, Jeremy. “Tratado de las pruebas judiciales.” Serie clásicos del derecho probatorio. Vol. 1. Ed. Editorial Jurídica Universitaria. Nicolás Romero, Edo. México. 2002.
- 8.- Briseño Sierra, Humberto. “El Arbitraje Comercial.” Ed. Limusa. México, D.F. 1979.

9.- Calamandrei, Piero. "Derecho Procesal Civil." Biblioteca clásicos del derecho. Primera Serie. vol. 2. Ed. Oxford University Press México, S.A. de C.V. México. D.F. 2003.

10.- Calcaterra, Rubén Alberto. "Mediación Estratégica" Ed. Gedisa. México. año 2002.

11.- Castanedo Abay, Armando. "Mediación. Una alternativa para la solución de conflictos." Editado por el Colegio Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales. México. D.F. 2001.

12.- Cárdenas, Eduardo José. "La mediación en conflictos familiares." Ed. Lumen, Buenos Aires Argentina. 1998.

13.- Carnelutti, Francesco. "Instituciones de derecho procesal civil". Biblioteca clásicos del derecho. Primera Serie. Vol. 5. Ed. Oxford University Press México, S.A. de C.V. México, D.F. 2003.

14.- Chiovenda, Giuseppe. "Curso de derecho procesal civil. Biblioteca clásicos del derecho." Primera Serie. Vol. 6. Ed. Oxford University Press México, S.A. de C.V. México, D.F. 2003.

15.- Deborah M. Kolb y asociados. "Cuando hablar de resultados. Perfiles de Mediadores." Ed. Paídos, México, D.F. 1996. p. 300

16.- Díaz, Luis Miguel. “Privatización de conflictos.” Novena Época. Tomo X. Primer Semestre. Ed. El Foro. Barra Mexicana y Colegio de Abogados, A.C. México, D.F. 1997.

17.- Dorantes Tamayo, Luis. “Elementos de Teoría General del Proceso.” Cuarta ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1993.

18.- Elizondo Gasperín, Ma. Macarita. “Relación entre las partes, los jueces y los abogados.” XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. Asociación Internacional de Derecho Procesal. Instituto Mexicano de Derecho Procesal . Ed. IURE Editores. México, D.F. Septiembre 22 –26. 2003.

19.- Fornaciari, Mario Alberto. “Análisis teórico práctico del derecho procesal civil. Modos anormales de terminación del Proceso.” Tomo I. Desistimiento del Proceso, desistimiento del derecho, allanamiento. Ed. Delma. Buenos Aires, República de Argentina. 1991.

20.- Fornaciari, Mario Alberto. “Análisis teórico práctico del derecho procesal civil. Modos anormales de terminación del Proceso.” Tomo II, Transacción. Conciliación. Reconciliación. Confusión. Compromiso Arbitral. Ed. Depalma. Buenos Aires, República de Argentina. 1991.

21.- Fornaciari, Mario Alberto. “Análisis teórico práctico del derecho procesal civil. Modos anormales de terminación del Proceso.” Tomo III, Caducidad de la Instancia. Ed. Depalma, Buenos Aires, República de Argentina. 1991.

22.- García Máynes, Eduardo. “Introducción al estudio del derecho.”^{43ª} ed. Ed. Porrúa, S.A. México. 1992.

23.- Garayo, Alicia Beatriz. “La mediación experiencia comparada.” dentro de la obra compilada por Aiello de Almeida María Alba. “Mediación: formación y algunos aspectos claves.” Ed. Porrúa, S.A. de C.V. y Facultad de Derecho.

24.- Gómez Lara Cipriano. “Teoría General del Proceso.” 8ª ed. Ed. Harla S.A. de C.V. México. 1990.

25.- Gottheil, Julio y Schiffrin, Adriana et. al. (compiladores). “Mediación una transformación en la cultura” Ed. Paidós. México, D.F. 1996.

26.- Grover Duffy, Karen et. al. • “La mediación y sus contextos de aplicación, una aplicación para profesionales e investigadores.” Ed. Paidós. México, D.F. 1996.

27.- Grua de Galán, María de las Mercedes, Adriana María Crippa y Graciela Peralta de Igarzábal. “Mediación. Lineamientos generales para seleccionar y preparar un caso para ser mediado” Ed. Marcos Erner Editora Córdoba. Córdoba, Argentina. Sin año.

28.- Herrera Trejo, Sergio. “La Mediación en México.” Ed. FUNDAp. México. 2001.

29.- Highton, Helena I. y Álvarez Gladis S. “Mediación para resolver conflictos”. Ed. Ad- hoc. Buenos Aires, Argentina. 1998.

30.- Lascala, Jorge Hugo. “Aspectos Prácticos en Mediación.”, Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1999.

31.- Magallón Ibarra, Jorge Mario. “Instituciones de derecho civil.” Tomo III. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S.A. México. Distrito Federal. 1988.

32.- Martínez Alfaro, Joaquín. “Teoría de las obligaciones.”5ª ed. Edit. Porrúa, S.A. de C.V. México, Distrito Federal. 1998.

33.- Martínez Munguía, Beatriz. “Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria,” Ed. Paidós. México, Distrito Federal. 1999

34.- Márquez Algara, Ma. Guadalupe. “Mediación y Administración de Justicia. Hacia la consolidación de una justicia participativa.” Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos y la Universidad Autónoma de Aguascalientes. México. 2004.

35.- Méndez Costa María Josefa y D’Antonio Daniel Hugo. “Derecho de Familia.” Tomo I. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 2001.

36.- Merino Median, José Fernando, Chillón Medina, José María. “Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional.” Segunda edición. Editorial Civitas, Medios Alternativos de Solución de Controversias. España. 1991.

37.- Ovalle Favela, José. “Derecho Procesal Civil,” 4ª ed. Ed. Harla México, S.A. de C.V. México, D.F. 1992.

38.- Pérez Fernández del Castillo, Othón. et. al. “Manual Básico de Conciliación.” Ed. Vivir en paz. Organismo no gubernamental. México, D.F. 2003.

39.- Remo F. Etelman. “Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma.” Ed. Gedisa. Barcelona, España. 2002.

40.- Rodríguez Villa, Bertha Mary y María Teresa Padilla de Trainer. “Mediación en el divorcio. Una alternativa para evitar las confrontaciones.” 2ª ed. Ed. Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial UNAM. México, 2001.

41.- Rojina Villegas, Rafael. “Derecho Civil Mexicano” Tomo II. Derecho de Familia. 9ª ed. Ed. Porrúa S.A de C.V. México. 1998.

42.- Roque J. Caivano. “Negociación y Mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna.” Ed. AD-HOC, S.R.L. Buenos Aires, República de Argentina. 1997.

43.- Sánchez Medal, Ramón. “De los Contratos Civiles.” 12ª ed. Ed. Porrúa, S.A. de C.V. México, D.F. 1994.

44.- Singer. LR. “Resolución de los conflictos . Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal.” Ed. Paídos, Buenos Aires, Argentina.

45.- Valle González, Armando y Fernández Varela Mejía Héctor. “Arbitraje Medico. Análisis de 100 casos.” Ed. Editores JGH. México. 2000.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

- 1.- Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa. México.
- 2.- Bobbio, Norberto, Incola Matteucci y Gianfranco Pasquino. “Diccionario de Política.” Redactores de la edición en español José Aric, Martí Soler y Jorge Tula, 9ª ed. en español. Ed. Siglo XXI editores S.A. de C.V. México. 1995.
- 3.- Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1998.
- 4.- Diccionario de la Lengua Española. revisada y puesta al día. 22ª ed. Real Academia Española .Madrid, España. año 2001.

REVISTAS ESPECIALIZADAS

- 1.- Alvarado Belloso, Adolfo. “La Conciliación como Medio para solucionar conflictos de intereses.”, Revista Uruguaya de Derecho Procesal número 3. Patrocinada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Montevideo Uruguay. 1986
- 2.- Candelario Cadíz, Ángel Neptalí. “Teoría del conflicto: Hacia un entendimiento de las relaciones humanas.” En la Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico. Memorias del Congreso Internacional de Métodos Alternos: mediación, evaluación neutral y arbitraje. Edición especial. Vol. 62. Núms. 3 y 4. San Juan, Puerto Rico. Octubre – diciembre. 2001.

3.-Estavillo Castro, Fernando. "Medios Alternativos para la Resolución de Controversias." Revista JURIDICA. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México, D.F. N^o 26. 1996.

4.- Latorre, Héctor. "Un nuevo enfoque en la resolución de conflictos: Mediación narrativa. En la Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico. Memorias del Congreso Internacional de Métodos Alternos: mediación, evaluación neutral y arbitraje." Edición especial. Vol. 62. Núms. 3 y 4. San Juan, Puerto Rico, octubre-diciembre. 2001.

5.-Márquez Algara, María Guadalupe. "La mediación familiar como instrumento de protección de los derechos de los niños y adolescentes en Aguascalientes." En la Revista Jurídica. Poder Judicial del Estado. No.20. Año XII. Nueva Epoca. Aguascalientes, México. abril-junio. 2001.

6.- Roveda, Guillermo Eduardo. "Mediación y violencia familiar." En la Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico. Memorias del Congreso Internacional de Métodos Alternos: mediación, evaluación neutral y arbitraje. Edición especial. Vol. 62. Núms. 3 y 4. San Juan, Puerto Rico. Octubre - diciembre. 2001.

7.- Mediación en México. Proyecto ABA/USAID. Vol. 1. Folio 1. Diciembre 2002.

8.- Proyecto para la mediación en México ABA/USAID. Información sobre las organizaciones que apoyan el proyecto. Boletín N^o 2. Año 1. Invierno 2003/2004. México.

9.- Proyecto para la mediación en México ABA/USAID. Sección General. Presentación del Proyecto. Boletín N° 2. Año 1. Invierno 2003/2004. México.

CONGRESOS ESPECIALIZADOS DE ENCUENTROS NACIONALES E INTERNACIONALES

1.- Ruiz Carbonel, Ricardo y Salvador A. Godoy Fernández. "Servicio Público de Mediación Familiar." Memoria 2002-2003, II Congreso Nacional de Mediación. Hacia una mediación en sede judicial. Editado por el Tribunal Superior de Justicia del D.F, el Consejo de la Judicatura del D.F y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, D.F. 2002.

2.- Caballero Harriet, Fco. Javier. "La Justicia Alternativa ¿otra forma de justicia? Encuentros Internacionales sobre Justicia Alternativa. Editado por el Gobierno Vasco. 1989.

3.- Gutiérrez Zamora del Río, Dolores. "La mediación como elemento de prevención y manejo de conflictos de pareja." IV Congreso de Mediación, celebrada en el Estado de México, México. del 27 de septiembre al 2 de octubre del 2004.

4.- Memoria 2002-2003, "Hacia una mediación en sede judicial." II Congreso Nacional de Mediación. Tribunal Superior de Justicia del D.F. Consejo de la Judicatura del D.F e Instituto de Investigaciones Jurídicas U.M.A.M.

5.- IV Congreso Nacional de Mediación, celebrado en Toluca Estado de México, del 27 de septiembre al dos de octubre del 2004.

6- Solorio Lozada, Libia. Evolución de la mediación familiar en el sistema de justicia mexicano. Experiencia en el Centro de mediación del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro. III Coloquio Nacional sobre Justicia Alternativa. México. Abril. 2004.

7- Piedad Saavedra López, Yadira. Mediación en Oaxaca III Coloquio Nacional sobre Justicia Alternativa, México. Abril. 2004.

OTRAS FUENTES

1.- Tríptico del Centro Peruano de Prevención y Solución de Conflictos (CEPSCON). III Congreso de Mediación, Monterrey, México.

2.- Información proporcionada por el Centro de Justicia Alternativa del Distrito Federal.

3.- Taller de divorcio y mediación familiar, impartido por el Doctor Miguel Soto Lamadrid, en el IV Congreso de Mediación, celebrada en el Estado de México, del 27 de septiembre al 2 de octubre del 2004.

LEGISLACIÓN

1.-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

2.- Código Penal Federal

3.- Código Penal para el Distrito Federal

4.- Código Civil para el Distrito Federal

- 5.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal
- 6.- Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos
- 7.- Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos
- 8.- Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal
- 9.- Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa del Distrito Federal

TESIS Y JURISPRUEDENCIA

1.- 1a./J. 41/2000, publicada a página 55, del Tomo XIII, febrero de 2001, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, bajo el rubro: **TRANSACCIÓN, CONTRATO DE. TIENE CALIDAD DE COSA JUZGADA Y ES PROCEDENTE SU EJECUCIÓN EN LA VÍA DE APREMIO.**

2.- Tesis publicada a página 753, Tomo CIV, del Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, de la Tercera Sala, con la voz: **PATRIA POTESTAD, ES IRRENUNCIABLE (ESTADO CIVIL Y DERECHO DE FAMILIA, CONVENIOS EN MATERIA DE. LEGISLACION DE NUEVO LEON).**

3.- II.3o.C.36 C, publicada a página 1297, del Tomo XV, Marzo de 2002, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, con el rubro: **AUTOCOMPOSICIÓN VOLUNTARIA. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 8o., FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.**

4.- Tesis publicada en la página 2287, Tomo LXXXIV, del Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, de la Tercera Sala, bajo la voz: **TRANSACCIONES JUDICIALES, REQUISITOS DE LAS.**

5.- Tesis publicada a página 984, del Tomo XXII, Diciembre de 1993, en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, con el rubro: **TRANSACCION. CONVENIO PRIVADO DE. IMPROCEDENCIA DE SU EJECUCION EN VIA DE APREMIO.**

6.- Tesis publicada a página 453, del Tomo VII, Junio de 1991, del Semanario Judicial de la Federación, por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, bajo la voz: **TRANSACCION, CONTRATOS DE, CELEBRADOS EN FORMA JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL. TIENEN CALIDAD DE COSA JUZGADA Y ES PROCEDENTE SU EJECUCION EN LA VIA DE APREMIO.**

7.- Contradicción resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia 1a./J. 41/2000, publicada a página 55, del Tomo XIII, febrero de 2001, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, bajo el rubro: **TRANSACCIÓN, CONTRATO DE. TIENE CALIDAD DE COSA JUZGADA Y ES PROCEDENTE SU EJECUCIÓN EN LA VÍA DE APREMIO.**