

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÈXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES

ACATLÀN

**“LA MEDIACIÒN Y CONCILIACION COMO MÈTODO
ALTERNATIVO DE SOLUCIÒN DE CONFLICTOS Y SU
DIFERENCIA CON EL ARBITRAJE”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ANA LOBATO HUITRÓN**

ASESOR: LICENCIADO JOSÈ JORGE SERVIN BECERRA

NAUCALPAN DE JUÁREZ, EDO. DE MÉX. SEPTIEMBRE, 2008



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**A MIS PADRES:
GUILLERMO LOBATO OLVERA Y
ERNESTINA HUITRÓN HERNANDEZ**

GRACIAS POR HABERME DADO LA VIDA Y
DARME LA OPORTUNIDAD DE PODER
ESTUDIAR Y POR TODOS LOS ESFUERZOS
Y SACRIFICIOS QUE TUVIERON QUE
HACER PARA QUE EL DÍA DE HOY SEA
UNA PROFESIONISTA COMO USTEDES LO
SOÑARON SIEMPRE.

AHORA ES MOMENTO DE QUE YO LES
DEMUESTRE QUE SU ESFUERZO HA VALIDO
LA PENA PORQUE ME DIERON LAS ARMAS
NECESARIAS PARA AFRONTAR CUALQUIER
OBSTÁCULO QUE SE LLEGUE A PRESENTAR
GRACIAS POR TODO SU AMOR.

**A MI HERMANA:
IRENE LUCÍA LOBATO HUITRÓN**

A MI ETERNA COMPAÑERA DE JUEGOS
Y TRAVESURAS GRACIAS POR ESTAR
EN TODO MOMENTO CONMIGO SABER
QUE CUENTO CON TU APOYO NO SOLO
EN LOS MOMENTOS FELICES SINO TAMBIÉN
EN LOS MÁS DIFÍCILES Y DOLOROSOS
GRACIAS POR TODO.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO:**

GRACIAS POR DARME LA OPORTUNIDAD
DE FORMAR PARTE DE LA POBLACIÓN
ESTUDIANTIL QUE INGRESA A SUS AULAS
DE ESTUDIO CON EL FIN DE SUPERARNOS
Y REALIZARNOS COMO PROFESIONISTAS
DÍA TRAS DÍA.

EN ESPECIAL:
**A LA FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN**

PORQUE FUE DENTRO DE SUS AULAS DONDE
RECIBÍ LOS CONOCIMIENTOS NECESARIOS
DE VOZ DE LOS PROFESORES QUE CON TANTA
DEDICACIÓN Y ENTREGA NOS ENSEÑAN A
FORMARNOS COMO PROFESIONISTAS.

AL PUEBLO DE MÉXICO:

YA QUE ES GRACIAS A ELLOS QUE PUDE
REALIZAR MIS ESTUDIOS EN UNA
UNIVERSIDAD PÚBLICA, LA MEJOR DE
MI PAÍS.

**AL LICENCIADO JOSÉ JORGE
SERVÍN BECERRA:**

NO SOLO POR HABER SIDO MI GUÍA
PARA LA ELABORACIÓN DE MI TESIS
SINO TAMBIÉN DURANTE MIS ESTUDIOS,
POR HABERME ENSEÑADO QUE A ESTA
CARRERA SE LE DEBE TENER AMOR,
DEDICACIÓN, CONSTANCIA PERO SOBRE
TODO ENTREGA Y PASIÓN GRACIAS.

**A MIS AMIGOS:
DE LA ESCUELA**

ALEJANDRA PÉREZ RIVAS
GABRIELA MASSETTO GODÍNEZ
SONIA LAURA RAMÍREZ RODRÍGUEZ

DEL DIF NAUCALPAN:

ANDREA, GUILLERMO, MARÍA BELÉN
MAURICIO, BENEDITH, JUANITA,
BEATRÍZ VARGAS, BLANCA, BRAULIO

**MUY EN ESPECIAL A:
LICENCIADA JUANA IRENE RAMÍREZ
GUERRERO**

GRACIAS POR SER SIEMPRE UN
IMPULSO PARA SEGUIR ADELANTE
POR AYUDARME EN TODO
MOMENTO Y APOYARME PARA
CRECER COMO PROFESIONISTA Y
COMO PERSONA GRACIAS SIEMPRE
POR TU AMISTAD INCONDICIONAL.

A TI JOSÉ JUAN GARCÍA COLÍN:

POR SER UN GRAN APOYO Y ESTAR
HOY AQUÍ IMPULSANDOME PARA
SER MEJOR PROFESIONISTA CADA
DÍA Y EN CADA MOMENTO
GRACIAS POR ENSEÑARME QUE LA
VIDA NO DEPENDE DE LOS DEMÁS
SINO DE COMO UNO LA QUIERA
VIVIR TE QUIERO MUCHO.

A CONCEPCIÓN HERNÁNDEZ ARROYO (t)

COMO UN HOMENAJE ESPECIAL A UNA MUJER
QUE DESDE PEQUEÑA TUVO QUE SER FUERTE
Y AFRONTÓ LA VIDA CON VALENTÍA Y UNA
GRAN FORTALEZA Y CON MUCHO AMOR
GRACIAS ABUELITA POR ENSEÑARME QUE
CUANDO HAY AMOR TODO SE PUEDE LOGRAR

INTRODUCCIÒN

CAPITULO 1

CONCILIACION, MEDIACION Y ARBITRAJE CONCEPTO Y DEFINICION

1 REFERENCIA HISTÒRICA	1
1.2 ROMA.....	1
1.3 ESPAÑA.....	5
1.4 FRANCIA.....	7
1.5 MÈXICO.....	8

CAPITULO 2

DIFERENCIA ENTRE MEDIACIÒN Y ARBITRAJE

2.1 NATURALEZA JURIDICA.....	19
2.2 CONCEPTO ACTUAL.....	24
2.3 DISTINCION ENTRE MEDIACION, CONCILIACIÒN Y ARBITRAJE....	26
2.4 ÀRBITRO Y MEDIADOR.....	34
2.5 EL ROL DEL ABOGADO EN EL PROCESO DE MEDIACIÒN.....	44

CAPITULO 3

LA MEDIACIÓN Y CONCILIACION EN LA ACTUALIDAD

3.1 PRINCIPIOS QUE RIGEN LA MEDIACIÓN.....	53
3.2 LEY DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO... 55	
3.3 CENTROS DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN EN EL ESTADO DE MÉXICO Y DISTRITO FEDERAL.....	61
3.4 TIPOS DE MEDIACIÓN.....	79

CAPITULO 4

LA MEDIACIÓN INSTRUMENTO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

4.1 LA MEDIACIÓN Y EL SISTEMA JUDICIAL.....	94
4.2 LA MEDIACIÓN EN EL ESTADO DE MÉXICO.....	102
4.3 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL PROCESO DE MEDIACIÓN.....	111
4.4 LA MEDIACIÓN EN EL DISTRITO FEDERAL.....	116

CONCLUSIONES.....	119
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	122
--------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

Actualmente en nuestro país existe dificultad para acceder a una justicia pronta y expedita. El aumento de la población y la problemática social que impera hace que dicha justicia sea cada vez más lenta, esto sin tomar en cuenta la distancia en algunos lugares y la falta de recursos económicos, muchas veces los involucrados en un conflicto no cuentan con los medios para trasladarse a los lugares lejanos para acceder a la justicia y mucho menos para pagar a un abogado que lleve su asunto, esto da por resultado un estado de indefensión.

Así también, la carga excesiva de trabajo de los juzgados genera diversas presiones, cada vez se requiere de un presupuesto mayor y por otro lado, al no aumentarse el número de funcionarios judiciales al mismo ritmo que el incremento de los conflictos, la administración de justicia se vuelve lenta y por tanto no se tiene acceso a una justicia pronta y expedita tal y como lo establece el artículo 17 constitucional.

Actualmente el interés por la mediación y conciliación ha aumentado considerablemente en los últimos años, debido en parte a la insatisfacción con los costos, los retrasos y la duración excesiva de los litigios en ciertas jurisdicciones. No obstante el aumento del interés resulta también de las ventajas de la mediación, particularmente su atractivo método que ofrece a las partes el pleno control del procedimiento a que se somete su controversia y del resultado del mismo.

Allí donde se ha utilizado la mediación y conciliación el grado de éxito ha sido muy alto pues se ha logrado un resultado aceptable para ambas partes en una controversia. Aún cuando se trata de un procedimiento relativamente poco estructurado algunos dudan en utilizarlo por temor o por no saber a que atenerse.

En el primer capítulo de este trabajo nos encargaremos de dar un recorrido por las distintas épocas y países donde se utilizaron los primeros medios de solución de conflictos, tal vez no eran los más adecuados para la gente de esa época pero en su momento si los más efectivos.

En el segundo capítulo y parte central del presente trabajo veremos y distinguiremos la mediación de la conciliación y el arbitraje, así como la naturaleza jurídica de cada uno de ellos, su concepto y definición y lo que considero una parte muy importante para nosotros los abogados, cual es el papel que se juega de nuestra parte dentro del procedimiento de la mediación.

En el tercer capítulo abordaremos como se contempla la mediación y conciliación en la actualidad, cuales son los principios sobre los cuales se basan para llevar un buen desarrollo de dicho procedimiento así como los lugares especialmente creados para ello, también analizaremos los diferentes tipos de mediación de acuerdo al área donde se aplica, al lugar así como los momentos en que puede llevarse a cabo.

En el cuarto y último capítulo trataremos la mediación en comparación con el sistema judicial tradicional en el Estado de México, de igual manera se hace un especial análisis en diversos ordenamientos jurídicos los cuales hacen mención en sus artículos sobre la mediación y conciliación y los asuntos que son susceptibles de ser resueltos en los Centros de Mediación y Conciliación, también veremos de una manera objetiva cuales son las ventajas y desventajas del proceso de mediación. Por último haremos mención de cómo ha ido evolucionando y creciendo la mediación en el Distrito federal hasta el día de hoy.

CAPITULO 1

CONCILIACIÓN, MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

CONCEPTO Y DEFINICIÓN

1 REFERENCIA HISTÓRICA

1.2 ROMA

En cuanto a los antecedentes históricos en el pueblo romano son sin duda los más importantes para nosotros en virtud de ser el Derecho Romano uno de los pilares en los que se apoyan todas las legislaciones actuales. Desde la Ley de las Doce tablas se presenta el arbitraje con caracteres propios y bien definidos; así en las Tablas VI. 4 y VIII. 5 se reglamenta esta institución estipulando que tres árbitros serán los que han de resolver las acciones de participación de herencia o de la acción de apeo y deslinde.

“En el Derecho Romano se dividió el juicio en dos partes, una de las cuales se substanciaba ante un Magistrado, Pretor o ante un “Judex, Recuperator o Arbitrator”. Lo anterior nos indica que ya se hablaba de árbitro. También se distinguían los casos en que las partes, de común acuerdo y con entera libertad, podían nombrar un árbitro, en aquellos casos en que el Magistrado o Pretor debía enviar a los contendientes ante un juez, propiamente dicho, obedeciendo esto último a que había acciones como las llamadas “famosas” que no podían someterse al arbitraje sino que debían ser ventiladas ante un juez.

En el Derecho Romano el arbitraje toma dos formas: a) el libremente convenido mediante el “compromissum”, llamado el “receptum arbitrii”, y que desde Justiniano ya no necesita de la forma estipulatoria; y b) el que aparece en el sistema formulario donde la autoridad propone un programa procesal, con nombramiento de “Judex privatus”, mención de la “actio”, la “exceptio”, la “replicatio”, entre otras, la limitación de la posible condena a un máximo, y posible limitación del efecto novatorio de la “litis contestatio”. La fórmula era entonces, contrato procesal, autorización del arbitraje y nombramiento de un ciudadano como juez privado.

Los romanos que tan ampliamente aplicaban el arbitraje a las relaciones privadas, lo desarrollaron de manera peculiar en lo internacional, erigiendo a Roma como árbitro para decidir contiendas entre otros Estados, al mismo tiempo que apoyados en la majestad del pueblo romano, prohibían someter sus propias diferencias a un poder extranjero. Surgió así la idea de una Roma como “arbiter mundi”, que se impuso en el mundo mediterráneo por los siglos I Y II a. C. y cuyo objetivo fue el del mantenimiento de la paz internacional.

Respecto de la forma de arbitraje; este estaba determinado de tal forma que precisara su objeto, finalidad y calidad de los compromitentes y árbitro que interviniera. Justiniano lo reglamentó y le dio la calidad de cosa juzgada a la sentencia arbitral si ésta no era recurrida en tiempo y forma.”¹

Los romanos distinguieron también varias clases de árbitros entre los cuales tenemos:

“El Arbiter Compromissarius: el cual era elegido por las partes y mediante un acto llamado compromiso le daban la facultad de dirimir y terminar la controversia con su decisión, la cual las partes se obligaban a obedecer bajo cierta pena que a veces era mayor que el valor del litigio.

El Arbiter Juratus: era también elegido por las partes quienes sin celebrar compromiso alguno juraban acatar su decisión.

El Arbiter Ex Nudo Pacto: era aquel en el cual no se establecía compromiso, ni pena, ni juramento y su decisión era válida si las partes la aceptaban firmándola y no la contradecían en diez años. Posteriormente en virtud de la inutilidad práctica de este tipo de árbitros, fueron prohibidas.

El Arbiter Sententis Judicium Constitutus: este tipo de árbitros eran nombrados por sentencia del juez y por lo regular se destinaban para la solución de una litigación, de una cuenta, para una transacción, por lo que solía llamársele Oestimator.

¹ CARAVANTES, José de Vicente, Tratado Histórico Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales, Madrid España, Imprenta de Gaspar y Roig, 1856 Tomo I, Pág. 43

El Arbiter In Causis Bonde Fidei: este se daba por el Pretor a la partes en las condiciones de buena fe, este árbitro juzgaba sin sujeción a fórmula alguna y sólo a su buen saber y entender y como se lo ordenara su conciencia.

El Arbiter In Contractibus Adjectes: que eran nombrados para dar su parecer sobre las diferencias que podían resultar entre ellos, la pena que se daba al que no acatara las decisiones de los árbitros podía reclamarse con la Acción Extriplito.

El Derecho Romano conocía un arbitraje completamente privado, en el cual entre sí y además con un árbitro para que éste resolviera la controversia surgida entre ellos. El Derecho Romano trataba este arbitraje en forma muy favorable, como resulta del *receptum arbitri* (un pacto pretorio) y del *compromissum arbitri* (un pacto legítimo) el deber someter a arbitraje determinados conflictos y la obligación de actuar como árbitro podía nacer de simples arreglos informales, que no necesitaban la forma severa de verdaderos contratos.

En Roma no estuvo la conciliación regulada por la ley, pero las Doce Tablas respetaban la avenencia a que hubieren llegado las partes y Cicerón aconsejaba la conciliación fundado en el aborrecimiento que debía tenerse a los pleitos, diciendo de ella que era un acto de liberalidad digno de elogio y provechoso para quien lo realizaba, siendo de notar que los romanos en más de una ocasión y en momentos de entusiasmo, se reunieron como lo hicieron en memoria de Julio César para deponer sus diferencias y terminar amigablemente sus pleitos.”²

Podemos mencionar sin restar importancia los antecedentes existentes en el derecho germánico los cuales nos dan una idea de cómo se resolvían los conflictos en ese entonces.

Encontramos que el pueblo germánico era un pueblo primitivo cuyo proceso tendía a dirimir controversias, haciendo depender la solución no de la convicción del juez, sino del resultado de experimentos solemnes, en que el pueblo reconoce la manifestación de la divinidad, el titular de la jurisdicción es el Ding (asamblea de los miembros libres del pueblo), y que se trata de un procedimiento público oral muy formalista.

² PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, 21ª edición, México, Editorial Porrúa, S.A. Pág. 283

El procedimiento se inicia mediante la citación del demandado por el demandante; una vez declarada la solemne la constitución del tribunal, el actor interpone su demanda haciendo sus alegaciones jurídicas e invita al demandado a que conteste a ella. Si éste no se allana, ha de contestar negando en absoluto. La sentencia es dictada por el Ding a petición del actor y a propuesta de un juez permanente.

Este procedimiento representaba un medio de pacificación social y en él:

a) El juez no decidía según su convencimiento, sino que dirigía el juicio, pronunciaba la decisión que era formulada, en un principio por todo el pueblo y después por cierto número de representantes de éste, los escabinos, los cuales se limitaban a verificar el efecto de la intervención de la divinidad, manifestada en los experimentos solemnes que constituían las pruebas; pero además tenían una función importantísima, consistente en establecer quien debía rendir las pruebas y con que medios, por lo cual el momento culminante del proceso germánico era la sentencia sobre la admisión de las pruebas, emanada a la mitad del litigio.

b) Las pruebas se reducían a crear la forma para que la voluntad divina se manifestara y se reducían a pocos actos solemnes: juramento, invocación directa de la divinidad, juicio de Dios, entre otras.

c) La sentencia, como no era expresión del convencimiento personal del juez, sino que era la consagración de la voluntad del dios común a todo el pueblo, manifestada a través de las pruebas, y había sido formulada por todo el pueblo, tenía fuerza de verdad absoluta.

En el proceso germánico existe una sentencia central sobre la prueba que no sólo tiene el nombre de sentencia, como la definitiva, sino que constituye la verdadera decisión potencial de la causa, porque la victoria o la derrota de la parte expresada en el pronunciamiento último del juez no es sino la consecuencia automática del pronunciamiento precedente. Como podemos ver en el derecho germánico encontramos lo que serían los antecedentes del arbitraje dado que la decisión sobre la controversia presentada al tribunal era sometida primero al conocimiento de todo el pueblo y posteriormente a unos cuantos y sobre todo a la intervención divina, y al final solamente se hace el pronunciamiento por parte del juez sin que este tenga la decisión en sus manos.

1.3 ESPAÑA

El Fuero Real (Ley 2ª, Tit. 7º, Lib. I) trata de los árbitros, las Siete Partidas consagran a los avenidores varias leyes del Título IV, partida 11ª. La Ley XXII dice “Árbitros en latín, tanto quiere decir en romance como jueces avenidores, que son escogidos y puestos de las partes para librar la contienda, que es entre ellos. Estos son de dos maneras, la una es cuando los hombres ponen sus pleitos y sus contiendas en manos de ellos que las oyen y resuelven de acuerdo a derecho, entonces decimos que tales avenidores como estos desde que reciben, otorgan y resuelven como si fueran jueces ordinarios... La otra manera de jueces de avenencia es la que llaman en latín Arbitradores o comunales amigos que son escogidos por avenencia de ambas partes, para avenir y resolver las contiendas que hubieren entre sí de cualquier manera que ellos tuvieran a bien,”

“En dichas leyes se preceptúan cuántas clases de árbitros hay y la manera de nombrarlos, que pleitos pueden ser sometidos en manos de avenidores, que es lo que deben hacer y respetar los jueces de avenencia, que deben hacer los avenidores cuando alguno de ellos muere, etc...”

En el Fuero Viejo de Castilla en su Título I, Libro II también reglamenta el arbitraje como un medio pacífico de solución de conflictos como también el Fuero Real Cuerpo de Leyes publicado en el año 695, en su ley II, Título VII, Libro I, nos menciona refiriéndose a las personas que tienen su facultad para juzgar de los pleitos “ningún home no sea osado de juzgar pleito, si no fuere alcalde puesto por el rey o a placer de omes. Las partes que lo tomen por avenencia para juzgar algún pleito.”³

En la Leyes de Partidas publicadas en el año 1263 encontramos establecidos los jueces árbitros y una completa reglamentación del juicio que se substanciaba entre ellos, así vemos que la Ley I, Título IV, Partida III se refiere a las diferentes clases de jueces, mencionando entre ellos a los árbitros y más adelante estas leyes, en su Título X, Ley VIII, Partida IV al hablar de las diferencias surgidas dentro del matrimonio nos explica que es lo que se debe entender por árbitro: “árbitros son los llamados en latín omes en que se avienen algunos, para meter en su mano algún pleito, que los libros según su albedrío, poniendo penas a las partes.”

³ PALLARES, Op. Cit. Pág. 285

Los árbitros o jueces de albedrío podían proceder como árbitros juris o arbitradores, haciendo que los litigantes principiaran o prosiguieran el pleito ante ellos, oyendo y recibiendo las pruebas, razones y defensas que hicieren. De entre ellos destacan los comunales amigos o amigables componedores, por las facultades de avenencia y composición según el parecer del arbitrador que conducía el asunto sin observar el orden judicial, de suerte que su juicio era válido aunque no se arreglara a derecho, siempre que no interviniera el dolo, pues entonces debía enmendarse por hombres buenos elegidos por el juez, según la ley 23, título 4 de la Tercera Partida.

En la Constitución Política de Cádiz del 18 de marzo de 1812, en su artículo 280 encontramos reglamentada la facultad de terminar un conflicto por medio de árbitros, siendo esta Carta Política la primera que incluye en su artículo este derecho: “artículo 280.- No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes.”

La Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1885, define en sus artículos del 775 al 818 las dos formas del juicio arbitral: de derecho y de amigable composición. También la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1851 en sus artículos 790 al 839 regula ampliamente esta institución. Alcalá Zamora califica esta ley como el más fecundo texto procesal que ha habido en el mundo, pues fue el cimiento de casi toda la correspondiente legislación hispanoamericana.

Esta Ley (cuyo texto fue reproducido en su mayor parte por la ley procesal vigente en España, de 1881) tuvo el mérito de haber puesto fin al desbarajuste procesal anterior y de haber tratado de fundir en un sólo cuerpo legal los preceptos dispersos. Sin embargo el autor dice que no es otra cosa que un cuerpo legal de trazos medievales tan acusados que a través de la versión de 1881, es único en su género entre los de diferentes estados de Europa. Atribuye ese trazo medieval al hecho de que en tal ordenamiento se trató de restablecer en toda su fuerza las reglas cardinales de los juicios consignadas en las leyes españolas antiguas y a que no se introdujeron reformas aconsejadas por la ciencia de la época.

Respecto a la influencia del Derecho Canónico, en el proceso civil la Iglesia reclamó, por razón de principio, su intervención en todos los asuntos civiles en que una de las partes fuera clérigo; además, intervino en causas espirituales (como cuestiones matrimoniales) o en causas como procesos sobre esponsales, dotes, cuestiones testamentarias y en litigios de pobres, etc...

El actual Código de Derecho Canónico trata en la sección primera del libro cuarto, del procedimiento civil en todas y cada una de sus partes, así como de los tribunales de primera y segunda instancia. En la sección segunda trata, entre otros problemas, de los siguientes: de la forma de evitar el juicio contencioso o sea de la transacción y del compromiso en árbitros así como de las causas matrimoniales.

En el Derecho Canónico se contemplaba que los cristianos consuetudinariamente resolvían sus diferencias por la vía del arbitraje, donde el Obispo fungía como árbitro. Con el transcurso del tiempo, ya no fue necesario el consenso de las partes sino que bastaba que cualquier contrario así lo solicitara para estar ambos sometidos al arbitraje.

1.4 FRANCIA

Son pocos los antecedentes que existen en Francia debido a que en éste país se adoptaron los sistemas de otros pueblos.

“En la época de la supremacía francesa de 1635 a 1789, el surgimiento de nuevas comunidades, como Suiza y los países bajos, condujo a organizaciones estatales singulares, como la Confederación helvética, y tal estructura, posibilitando las relaciones entre los cantones y los estados vecinos, dio a la Confederación multitud de formas de comunicación internacional con situaciones jurídicas diferentes, pero generalizando los convenios sobre la obligación de consulta recíproca, la mediación y el arbitraje.

Si después de esa larga y fructífera existencia, el arbitraje decayó en lo internacional, su cultivo se mantuvo inalterable en las relaciones entre particulares, en especial los comerciantes. El dar potestad unánime a una o más personas para que decidieran las controversias y pretensiones significaba ante todo, un compromiso para no comparecer ante los jueces. Todos los negocios civiles y criminales, decía la doctrina, se podían comprometer en árbitros y arbitradores, pero los criminales solo en cuanto al daño o interés de la parte y no en la pena, y en los civiles se excluían las servidumbres, la libertad y la causa matrimonial.

El cristianismo vino a dar a la conciliación un nuevo impulso, a merced del espíritu de caridad y de paz que lo anima. En el capítulo V del Evangelio de San Mateo se dice: “transige con tu adversario mientras estas con él en el camino, no sea que te entregue al juez”, y los mismos evangelios aconsejan que aquel a quien se reclama una cosa, de lo que le pidan y algo más. Estos principios se tradujeron ya en las leyes de la Edad Media, que establecieron la conciliación.

La conciliación fue regulada como permanente en el siglo XVIII y en el XIX, apareciendo primero con tal carácter en los pueblos del norte y adoptándose distintos sistemas pues mientras en unos países como Francia y España se declaró obligatorio el intentarla como requisito previo a todo juicio DECLARATIVO, en otros fue protestativo de las partes intentarlo o no. En general la conciliación se encomendó al juez, pero mientras en unas legislaciones, como en Alemania, esta juez era el mismo a quien correspondía el conocimiento del negocio en primera instancia, en otras como en Francia y España, fue un juez distinto.

Hay que distinguir los actos realizados por el juez o por la autoridad conciliadora, con la conciliación propiamente dicha que es el resultado benéfico de aquellos. Lo propio de la conciliación es que se evita un pleito futuro o se termina con uno presente por avenencia de las partes, por su mutuo acuerdo y sin necesitar la intervención jurisdiccional del conciliador.”⁴

1.5 MÉXICO

El maestro Esquivel Obregón sostiene que aún cuando España en tres siglos de dominación trató de imponer a los pueblos de México su cultura jurídica, heredada de Roma, con tradiciones celtíberas y con matices germánicos, se encontró con una tradición indígena de centenares de siglos, muy diferente a la española y que aún cuando la Legislación de Indias apoyada en la información directa de los hechos e inspirada en fines religiosos, logró una posible aproximación, nunca logró la adaptación plena del indio a la legislación española.

⁴PALLARES, Op. Cit. Pág. 168

La palabra justicia en el idioma azteca era tlamelahuacachimaliztli, derivada de tlamehua, ir derecho a alguna parte, de donde aquel vocablo significaba enderezar lo torcido.

La idea expresada por la palabra azteca era sólo la de buscar la línea recta, es decir, usar su propio criterio. Por ello cada caso tenía su ley pero el criterio del juez estaba influido por las costumbres y el ambiente social.

“A la cabeza de la administración de justicia estaba el rey; después de éste seguía el cihuacoatl, gemelo de mujer, especie de doble del monarca. Sus funciones eran, entre otras, administrar justicia y sus sentencias no admitían apelación ni ante el mismo rey. No solo en Tenochtitlan, sino en todas las cabeceras de provincia importantes había un cihuacoatl. Además en las causas civiles, había el tlacatecatl, que integraba un tribunal con otros dos ayudantes, auxiliados por un teniente cada uno. Sesionaban en la casa del rey.

En cada barrio o calpulli había cierto número de centectlapiques, que hacían las veces de jueces de paz en los asuntos de mínima importancia, el juicio siempre era oral, la prueba principal era la de testigos y la confesión era decisiva. Los procedimientos eran rápidos, carentes de tecnicismo, con defensa limitada, grande el arbitrio judicial y crudelísimas las penas, pues en materia mercantil, el tribunal de doce jueces que residían en el mercado y decidían sumariamente las diferencias que surgían en las transacciones mercantiles, podían imponer como pena, la muerte, que se ejecutaba en el acto.”⁵

Encontramos tres etapas dentro de la legislación procesal civil mexicana que son: los tiempos primitivos, la Colonia y el México independiente.

A) Tiempos primitivos.- La organización jurídica del México precortesiano es en realidad, poco menos que desconocida, pues las investigaciones sobre ella realizadas hasta ahora no nos facilitan sino elementos extremadamente imprecisos. Hay que reconocer que el Derecho de los aztecas no ha dejado huella en el derecho nacional mexicano posterior.

⁵ BECERRA, Bautista José, El Proceso Civil en México, México Porrúa, 1986, Pág.265

El sentido jurídico del indio es factor importantísimo en la historia del derecho mexicano, este espíritu ha obrado activa y poderosamente en toda nuestra vida, porque las fuerzas vienen de los senos inaccesibles de un alma cuyo misterio no nos hemos cuidado ya de penetrar, ni menos de exponer en nuestras leyes, por temor de que se diga que somos enemigos del principio de igualdad y que tratamos de volver a la odiosa distinción de razas.

Como en todos los pueblos primitivos, la administración de justicia en las distintas tribus indígenas constituía una potestad del jefe o señor y se desenvolvía con arreglo a procedimientos rigurosamente orales. Era, sin duda una justicia sin formalidades y sin garantías. Se sabe exactamente que la prisión por deudas era una costumbre establecida casi con carácter general entre las distintas tribus que poblaban el México precortesiano.

Es interesante observar que la idea de la justicia expresada por la palabra utilizada por los aztecas para designarla, no indica la obligación del juez de someterse a una ley o mandato, sino la de buscar la línea recta, es decir usar de su propio criterio, en virtud de lo cual cada caso tenía su ley. Claro está que el criterio del juez estaba influenciado por las costumbres y el ambiente social.

Este concepto de la justicia, haciendo caso omiso de todo precepto previamente establecido, hace aparición en nuestros modernos tribunales, en casos de dotaciones ejidales, las leyes no significan nada, el criterio individual del que decide está por encima de toda generalización. La Recopilación de Indias confirmó las leyes y los llamados buenos usos y costumbres de los indígenas, anteriores a la conquista, con tal de que no fueran contrarios a la religión ni a las leyes de Indias.

B) Derecho procesal de la Colonia.- La organización jurídica de la Colonia, fue un trasunto de la de España. El Estado Español dotó a la Nueva España de instituciones jurídicas semejantes a las de la metrópoli. Así es que, en materia procesal, como en las demás, la legislación española tuvo vigencia en el México colonial, en los primeros tiempos, como fuente directa y, posteriormente, con carácter supletorio, para llenar las lagunas de derecho dictado para los territorios americanos sometidos a la corona de España.

“El derecho colonial se considera formado por las leyes españolas que estuvieron vigentes en la Nueva España, por las dictadas especialmente por las colonias de América y que tuvieron vigor en la Nueva España, y por las expedidas directamente para ésta. Contiene la Recopilación de Indias, aparte de otras normas, algunas sobre procedimientos, recursos y ejecución de sentencias, pero presenta tales lagunas que era necesario aplicar con bastante frecuencia las leyes españolas.

Como derecho particular de la Nueva España, pueden citarse también los Autos Acordados de la Real Audiencia de Nueva España, y la Ordenanza de Intendentes (1780), por extraordinaria importancia, que contienen disposiciones de naturaleza procesal.

C) El Derecho Procesal del México Independiente.- Como es sabido, la proclamación de la Independencia no surtió el efecto fulminante de acabar con la vigencia de las leyes españolas en México. Siguieron rigiendo después de este trascendental acontecimiento político: La Recopilación de Castilla, el Ordenamiento Real, el Fuero Real, el Fuero Juzgo y el Código de las Partidas, y aplicándose como leyes nacionales.

La influencia de la legislación española siguió, pues haciéndose notar en la de México; y las diversas leyes dadas en la República, aún cuando con las naturales adaptaciones seguían, en general, la orientación de la península en materia de enjuiciamiento civil. Así ocurría que la ley de Procedimientos expedida el 4 de mayo de 1857 por el Presidente Comonfort, tomaba del acervo procesal español la mayor parte de sus instituciones. Dicha ley no constituía un código completo; el primero de procedimientos que tuvo ese carácter, fue el de 1872, tomando en gran parte de la Ley Española de 1855.

La necesidad de reformar la legislación procesal para el Distrito Federal, contenida en el Código de 1884, era sentida en los medios jurídicos de México, desde muchos años antes de iniciada; pero en realidad, fue la publicación del Código Civil del 28 la que contribuyó a acelerar la elaboración de un nuevo código procesal civil. El Código Procesal civil del año 32 se elaboró en un período de tres años.

En general desde el capítulo de acciones, que da una pauta a jueces y litigantes, hasta la justicia de paz, que es esencialmente simple y rápida, encontramos que el derecho procesal queda encuadrado entre las ramas de derecho público; que al juez se le dan amplísimas facultades para investigar la verdad; pero en el juicio se suprime la oscuridad y la dilación; que se abrevian trámites, se fija la litis, los recursos se modifican, se establece el juicio arbitral en forma práctica y, en una palabra, se trata de conseguir el anhelo de los procesalistas modernos.”⁶

La organización de la Colonia tiene como suprema representación a la Audiencia. La creación de la primera Audiencia de la Nueva España en 1527, constituyó un verdadero fracaso; la segunda fue fundada en 1531, bajo la presidencia del obispo de Santo Domingo, don Sebastián Ramírez de Fuenleal, que logró afianzar esta institución. Las audiencias no sólo administraban justicia, con potestad para entender asuntos civiles y criminales, en segunda instancia, sino que eran también órganos de gobierno y en cierto modo, legislativos, dictando autos acordados, que eran resoluciones de carácter general reglamentario.

En el México independiente la administración de la justicia civil se confió, en el orden común, a los tribunales superiores, a los juzgados de primera instancia y menores y a los de paz, organismos que pasaron por algunas vicisitudes, pero que han llegado hasta nosotros sin cambios en lo fundamental. El órgano superior de la jurisdicción federal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fue creado por decreto del Congreso de 27 de agosto de 1824. Los tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito deben su existencia a la Constitución Federal de 4 de octubre de 1824.

“A partir del decreto de 30 de abril de 1860 se inicia la era de las codificaciones con las llamadas Leyes de Reforma, el 13 de agosto de 1872 se expide el código de procedimientos civiles para el Distrito Federal y el territorio de la Baja California, cuya ley transitoria tiene la mayor importancia, porque en su artículo 18 dispuso: “Se derogan todas las leyes de procedimientos civiles promulgadas hasta esta fecha”. Deja entonces de aplicarse supletoriamente la vieja legislación y hasta se abren caminos nuevos para el derecho mexicano, como la modificación constitucional de 25 de septiembre de 1873, trascendente en lo procesal por establecer la simple promesa de decir verdad y de cumplir con las obligaciones, sustituía al juramento religioso en todos sus efectos y penas.

⁶ DE PINA Rafael, José Castillo Larrañaga, Instituciones de Derecho Procesal Civil, 27ª edición, México Porrúa, 2003, pp. 45 a la 50.

En la reglamentación del arbitraje llevada a cabo por el código procesal civil de 1872 se advierte ese respeto al principio de libertad e innovación. Los negocios civiles, con raras excepciones, eran susceptibles de arbitraje, aún la responsabilidad civil proveniente del delito, y correspondía a las partes la determinación misma del procedimiento. Los posteriores cuerpos legales y la jurisprudencia de ellos derivada, tuvieron un manifiesto sentido privatista que llegó a calificar al compromiso de acto solemne y de elemento lógico de la sentencia en favor del árbitro al formar su laudo.

Pero las transformaciones legales no han alcanzado el punto de evolución suficiente para impulsar a la jurisprudencia en forma definitiva, pues las tesis relacionadas con los árbitros forzosos encuentran su contrapartida en el arbitraje estrictamente voluntario, donde se ha llegado al extremo de sostener que la ausencia del exequátur impide se causen perjuicios al litigante. Sin embargo, la institución arbitral no ha permanecido insensible a cambios sociales y económicos; como en otras naciones, en México pueden encontrarse ejemplos de arbitraje netamente privado, de arbitraje oficial como el encomendado a la Comisión Nacional de Seguros, de arbitraje profesional y transnacional por el establecimiento del comité nacional de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.”⁷

En cuanto a la mediación en México la forma más antigua y conocida de la mediación es la que la interpreta como acto de comercio. Conforme al artículo 75 fracción XIII del Código de Comercio, la ley reputa actos de comercio las operaciones de mediación en negocios mercantiles.

En este mismo sentido la interpreta De Pina Vara quien define la mediación en primer término como “contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a abonar a la otra que ha procurado en su favor la celebración de un contrato u operación mercantil una remuneración por tal servicio”.

En sentido análogo, aparece la mediación en el derecho fiscal mexicano, que equipara la mediación mercantil a la correduría o corretaje, como sucedía en la antigua Ley Federal del Impuesto sobre Ingresos mercantiles, cuyo artículo 7º después de

⁷ BRISEÑO Sierra, Humberto, *El Arbitraje en el Derecho Privado*, México UNAM, 1983, pp. 182 a la 189.

referirse a la comisión mercantil se refería a la “mediación mercantil” definiéndola como la actividad que desarrolla el mediador para relacionar a los contratantes.”⁸

CONCEPTO Y DEFINICIÓN DE MEDIACIÓN

En cuanto al concepto de mediación tenemos que sus raíces son del latín mediato-onis “acción y efecto de mediar”, lo cual entre otras acepciones significa “interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”.

“La mediación en su acepción más moderna constituye un medio alternativo de solución de controversias, que como tal representa un medio auto compositivo, consiste en un procedimiento privado, informal, voluntario y no adjudicatorio, en virtud del cual las partes someten una cierta controversia susceptible de una solución convencional (contrariamente a aquellas reguladas por normas de orden público, que como tales no son susceptibles de arbitraje privado ni de transacción) a un tercero independiente, imparcial y neutral, quien actúa como un facilitador que busca una avenencia entre las partes, para lograr que estas, de común acuerdo, encuentren una solución a su desavenencia.”⁹

La Enciclopedia Jurídica Omeba define la mediación como un “proceso voluntario, informal, confidencial, integrador, a través del cual un tercero imparcial y neutral interviene para ayudar a las partes a trabajar cooperativamente, intentando lograr un acuerdo mutuamente satisfactorio, o al menos aceptable para ellos”.

Respecto de la conciliación la encontramos como “la avenencia que sin necesidad de juicio de ninguna clase, tiene lugar entre partes que disienten acerca de sus derechos en un caso concreto y de las cuales una trata de entablar un pleito contra la otra”.

⁸ DICCIONARIO Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México Porrúa, 2004, Pág. 2479.

⁹ IDEM, Pág. 2480.

De aquí tenemos que avenir quiere decir concordar o ajustar las partes discordes, y por avenencia.- tiene por objeto que el juez intervenga a fin de conciliar los intereses de las partes y obtener de ellas que se hagan mutuas concesiones para poner fin al litigio.”¹⁰

CONCEPTO Y DEFINICIÓN DE ARBITRAJE

“Por último tenemos al arbitraje cuyo concepto refiere: es la institución jurídica que permite a las partes confiar la decisión de una controversia a uno o más particulares, sin embargo, la razón que puede inducir a las partes a preferir este substitutivo de la jurisdicciones el deseo de valerse de personas competentes o de especial confianza para que resuelvan su controversia, en una forma más justa, más rápida y menos dispendiosa. Acuden normalmente al arbitraje personas que conocen las limitaciones que, en materias determinadas tienen los jueces ordinarios y prefieren a personas especializadas en esa materia.”¹¹

El arbitraje se define como una solución al conflicto dada por un tercero imparcial, un juez privado o varios, generalmente designado por las partes correspondientes, siguiendo un procedimiento que aunque regulado por la ley adjetiva tiene un ritual menos severo y formal que el del procedimiento jurisdiccional

“En épocas recientes ha cobrado nuevos bríos el arbitraje, especialmente en el orden internacional y el privado va en aumento, considerándosele un instrumento práctico y útil debido a que permite evitarse entrar en un alud de negocios contenciosos que se ventilan en los tribunales y a la posibilidad de designación de un tercero imparcial, a la vez calificado en su preparación jurídica, en sus condiciones subjetivas y porque no está involucrado ni presionado por el cúmulo judicial.

¹⁰ PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil 2º edición México, Ed. Porrúa S.A. Pág. 310.

¹¹ BECERRA Bautista, José, El Proceso Civil en México, México Porrúa, 1986, pp. 16 y 17.

El procedimiento del arbitraje reviste ciertas ritualidades, así partes y árbitro seguirán los plazos y formas establecidos para los tribunales a menos que otra cosa se haya convenido, los árbitros siempre están obligados a recibir pruebas y oír alegatos, si cualquiera de las partes pidiese, o no hubiesen convenido de otra manera.”¹²

“El proceso judicial y el arbitraje tienen como característica común el ser soluciones heterocompositivas de un litigio, ya que la solución es propuesta por un tercero ajeno al mismo. En el primer caso es un juez nombrado por el Estado y en el segundo un particular elegido por las partes. Mientras la obligatoriedad de la solución el proceso judicial deriva de la ley, en el arbitraje deriva de la voluntad del querer y aceptar las consecuencias de la resolución que debe ajustarse en todo caso a la misma ley.

Es decir, en el arbitraje o juicio arbitral no se puede dirimir en situaciones contrarias al orden público y sobre los preceptos que la ley prohíbe. Dentro del juicio se deben respetar los requisitos procedimentales pactados y los derivados de las garantías constitucionales consagradas a favor de todo gobernado. Asimismo, mientras la resolución final en el proceso judicial posee fuerza ejecutiva el laudo no, y en su momento el árbitro tendrá que acudir al juez para que lo ordene.

En ese orden de ideas tenemos que el arbitraje es el medio alternativo de solución de controversias, en el cual las partes renuncian a la jurisdicción de un juez designado por el Estado y quienes como alternativa eligen a un particular para que les proporcione una solución llamada laudo que es de obligada aceptación.”¹³

Encontramos que existen diversas clases de arbitraje entre las cuales se encuentran las siguientes:

¹² DICCIONARIO Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México Porrúa, 2004. Pág. 258.

¹³ URRIBARI Carpinteiro Gonzalo, El Arbitraje en México, Editorial Oxford University Press, México, 1999, Pág. 32.

Arbitraje “Ad Hoc”.- En este modelo las partes someten sus controversias a un árbitro que actuará conforme al procedimiento elaborado por ellas, pudiendo asesorarlas en cuanto al contenido, las partes tendrán el deber de respetar las reglas, términos, lugar, costos, o bien consienten en adoptar algún modelo de arbitraje institucional ya sea en todo o en parte. En el caso de que las partes elaboren el procedimiento, si existiese una defectuosa redacción de las reglas, términos, entre otras, no será posible concluir el juicio en buenos términos, pudiendo sólo dilatarlo.

En tal circunstancia ante la inconformidad de alguna de las partes puede iniciarse el procedimiento judicial, siendo precisamente este hecho lo que se pretendía evitar.

Arbitraje Institucional.- En esta forma de arbitraje, las partes someten la controversia a la decisión de una institución especializada sea nacional o internacional, que posee reglas preestablecidas, además recomienda a los árbitros técnicos que se encuentran registrados en sus listas y que son propuestos dependiendo la materia del conflicto a resolver. Las reglas al igual que en el arbitraje “ad hoc” pueden adoptarse total o parcialmente. En este tipo de arbitraje dependiendo las necesidades del asunto se sugiere la intervención de uno, dos o más árbitros; en caso de que sean tres éste será nombrado tercero en discordia.

Arbitraje Voluntario y Arbitraje Forzoso.- El primero emana de las partes, a diferencia del segundo que proviene de la ley siendo éste último procedimiento impuesto para resolver determinados litigios; por ejemplo el arbitraje laboral, arbitraje entre condominios establecidos en la ley de propiedad en condominio para el Estado de México y el Distrito Federal. El principio de esta institución radica en la voluntad de las partes y no en su carácter obligatorio, aunque el arbitraje laboral es distinto del arbitraje civil.

Arbitraje de Derecho y Equidad.- Cuando se concertan las normas y se establece el criterio de valoración, hablamos de arbitraje jurídico o de derecho. Si el árbitro resuelve la contienda conforme a la equidad y a la conciencia preparando fórmulas equitativas cuya obligatoriedad es facultativa, hablamos de equidad, también llamado arbitraje de amigable composición.

Arbitraje Interestatal.- Se habla también de el arbitraje interestatal, es este las partes son dos Estados, pero cuyas decisiones finales por falta de un órgano ejecutivo supranacional, corren el peligro de quedar sin cumplirse si el Estado vencido no las acepta.

CAPITULO 2

DIFERENCIA ENTRE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

2.1 NATURALEZA JURÍDICA

Naturaleza jurídica de la mediación

“La mediación como filosofía tiene la de fungir como un medio que al no ser adjudicatorio ofrezca a las partes una posibilidad de solución de su conflicto con un enfoque “ganador-ganador” a diferencia de los medios adjudicatorios, como el litigio judicial y el arbitraje mismos que por definición y por su propia naturaleza ofrecen una solución con un enfoque “ganador- perdedor”. Por su carácter voluntario, la mediación - como otros medios alternativos de solución de controversias- tienen como presupuestos esenciales la verdadera voluntad de las partes de intentar una solución negociada de su desavenencia negociable, así como en aquellas en que pudiera interesarles conservar su relación, que en caso de litigio pudiera romperse de manera definitiva. Por el contrario, la mediación no es idónea tratándose de controversias no negociables o en aquellos casos en que por alguna razón se desee sentar un precedente. Por lo que respecta al procedimiento de mediación y a las facultades del mediador existen quizá tantos criterios y enfoques como autores que los traten.

Buscando encontrar puntos en común, podría afirmarse que el procedimiento es voluntario, convencional entre las partes, mediador y flexible. En cuanto al mediador puede decirse que aún en los casos en que se acude a una institución de mediación, el procedimiento es conocido por una persona física, de terminada y permanente asignada al caso concreto por las propias partes o por la institución, por gozar de la confianza de las partes a tener como su primera tarea la de ganar esa confianza; así como también puede afirmarse que a diferencia del arbitraje, en que es frecuente encontrar tribunales de tres miembros, en la mediación prevalece como una constante, si no absoluta, si abiertamente mayoritaria, el concepto de un solo individuo que actúa como mediador.”¹⁴

¹⁴ HERRERA Trejo Sergio, La Mediación en México, Editorial FUNDAP, México, 2000, Pág. 40.

En el campo de las facultades del mediador dentro del común denominador de que el mediador no resuelve la controversia, sino que son las propias partes quienes llegan a una solución, existen dos corrientes opuestas en las que una considera que el mediador debe proponer a las partes proyectos de solución, mientras que la otra sostiene que no debe hacerlo, para evitar que una propuesta pudiera ser interpretada por alguna de las partes como un signo de parcialidad por parte del mediador, quien perdería con ello la confianza de las partes y su efectividad como mediador, aparentemente predomina este último criterio.

La mediación puede eventualmente ser obligatoria, como sucede cuando alguna disposición legal obliga a agotarla previamente al juicio, como sucede en Argentina; o puede ser voluntaria u optativa, cuando queda al arbitrio de las partes agotarla o no, como sucede con la mayoría de los países. Las partes pueden hacer obligatorio, contractualmente, que se agote un procedimiento de mediación previamente al arbitraje o a la intervención judicial, sin embargo, esto es casi siempre difícil de llevar a la práctica -un convenio para negociar, como un convenio para convenir, no es ejecutable - porque carece de la necesaria certidumbre.

“Por esto entre los autores que tratan el tema de la mediación parece existir consenso en cuanto a que esta no debe ser entendida como una alternativa sustituta del procedimiento “adjudicatorio”, sea este arbitral o judicial, por lo cual, en aquellos casos en que la mediación ha sido estipulada en un contrato, este debe contener las disposiciones pertinentes que permitan referir ulteriormente la controversia al arbitraje, o bien a un procedimiento judicial, en caso de fracasar la mediación. Asimismo en la doctrina internacional sobre el tema se advierte cierto escepticismo en cuanto a la posibilidad de que un tribunal judicial niegue la entrada a una demanda por no haberse agotado previamente el procedimiento de mediación estipulado contractualmente; contrariamente a lo que sucede en el caso del arbitraje, donde por disposición expresa en el artículo 1424 del Código de Comercio debe prevalecer la jurisdicción arbitral.

Finalmente en caso de concluir exitosamente un procedimiento de mediación, es imperativo asegurar la ejecución del acuerdo alcanzado entre las partes. Cuando la mediación ha sido implementada de manera previa a un procedimiento de arbitraje o como parte de este es aconsejable elevar el acuerdo alcanzado a la categoría de laudo transnacional, para hacerlo ejecutable al amparo del Código de Comercio y de las diversas convenciones internacionales aplicables, como usualmente se hace en los litigios ante los tribunales estatales, en el caso de los convenios judiciales que son elevados a la categoría de cosa juzgada. Cuando se ha implementado la mediación de manera independiente; es decir, fuera de un procedimiento arbitral o judicial, es aconsejable la celebración de un convenio de transacción, mediante escritura pública, para darle fuerza de instrumento ejecutivo.”¹⁵

¹⁵ IDEM, Pág. 42.

Naturaleza jurídica del arbitraje

“La necesidad de aplicar principios derivados de diversas ramas jurídicas, explica que el arbitraje se estructure en forma compuesta por cuatro cuerpos que son: un acuerdo, un procedimiento, un laudo y una ejecución. Los cuerpos no son constantes en la práctica, pero si indispensables en la teoría para delimitar la institución y distinguirla de otras figuras limítrofes.

Según que el acuerdo se construya entre los litigantes o con ellos y un tercero, se hablará de un convenio, un acto plurilateral, un acto complejo, un acto sucesivo o simultáneo. El procedimiento que debería ser el más importante para los procesalistas es el menos estudiado, probablemente por el hecho de que, cuando los interesados no profundizan en su regulación, se aplican supletoriamente las reglas comunes.

La ejecución como un operar sobre las cosas o las personas, con la fuerza suficiente para alterar los derechos de éstas en la medida de una responsabilidad predeterminada, es competencia propia y exclusiva del Estado, a través de sus órganos públicos. Cuando por motivos inherentes al acuerdo, al procedimiento o al laudo se hace necesaria esta compulsión, el arbitraje se destronca.

La vía convencional, elegida por los litigantes como el medio pacífico y de buena fe, para dirimir sus disputas, se transforma en la desapacible y acre intervención del poder oficial.”¹⁶

“La estructura jurídica del arbitraje es un triángulo en cuyo vértice superior se encuentra el árbitro, al igual que el proceso jurisdiccional. Por su parte el autor Cipriano Gómez Lara nos indica que “esta fenómeno se semejaría al del cambio de cauce de un río que vierte sus aguas en un canal. Las aguas serían el litigio y mientras estos se encuentran en los cauces del río, estaríamos en el campo del proceso. Pero en cuanto las aguas pueden ser desviadas de su cauce normal e introducirlas en otro cauce, el del canal sería el del arbitraje, como cauce distinto del litigio.”¹⁷

¹⁶ BRISEÑO Sierra Humberto, *El Arbitraje en el Derecho Privado*, México UNAM 1983, Pág. 32.

¹⁷ GÓMEZ Lara Cipriano, *Teoría General del Proceso*, UNAM, México, 1981, Pág. 41.

Ahora bien para explicar la naturaleza jurídica del arbitraje es precisamente uno de los puntos más controvertidos que rodean a la institución del arbitraje como una forma heterocompositiva de la conflictiva social y antecedentes del proceso jurisdiccional. La polémica orbita en torno a dos cuestiones: a) si se debe ubicar antológicamente al arbitraje como anterior o independiente al Estado o viceversa, si éste último le da vida y lo regula; y b) de deducir quien determina las características u resultados del arbitraje, el poder público o el contrato de voluntad de las partes.

Existe por una parte la teoría contractualista o privatista que explican que el arbitraje es como un acuerdo de voluntades de las partes en pugna; se apoya por la teoría de la voluntad de las partes (aunque se debe reconocer que la libertad contractual está acordada por la ley y autoridad pública), según los partidarios de la doctrina contractual, en esta convención o contrato los árbitros no pueden ir más allá de las facultades expresamente delegadas, la decisión que toman es eminentemente autónoma y es la misma convención la que asegura su decisión. Sin embargo sus detractores afirman que la actividad del árbitro y la característica de autonomía son exclusivas y propias del juez.

Por la otra la teoría jurisdiccionalista o publicista que sitúan al arbitraje como una función semejante o que se puede confundir con la que el juez oficial público realiza en su juzgamiento compositivo dado a continuación de un procedimiento con lo que se demuestra su carácter jurisdiccional. En efecto, se parte de la idea de que la justicia es un servicio público, por lo que la jurisdiccionalidad de los árbitros no se puede concebir si no se integra a la organización de ese servicio público.

Lo cierto es que la discusión sobre su naturaleza es meramente especulativa, se ha atacado al arbitraje por aquellos que piensan que el Estado por sus finalidades y atribuciones no deja la posibilidad de que la justicia pueda ser administrada por los particulares. Así entonces encontramos que la naturaleza jurídica del arbitraje es uno de los temas controvertidos de esta institución en la actualidad.

El árbitro extrae sus poderes de una convención privada. El arbitraje es una obligación que está recogida por el derecho de los contratos. Sin embargo se argumenta que la actividad del árbitro, autónoma y exclusiva es propia de un juez. Ante esta última consideración la doctrina se encuentra dividida, ya que para algunos autores, el arbitraje es en primera instancia, una situación de naturaleza contractual: reposa sobre una convención, su decisión es completamente autónoma y esta convención es la que asegura su ejecución, por lo tanto no puede asignársele otra naturaleza que la contractual.

Arbitraje, contrato o jurisdicción, son los puntos centrales de la discusión doctrinal, no se trata de una contienda meramente especulativa. De su tipificación depende la determinación del derecho aplicable y de sus efectos existiendo argumentos importantes a favor de una u otra doctrina.

A la base de la está la fuente del poder arbitral, se trata de discutir si el poder público o el contrato de voluntad de las partes es el que determina las características y resultados del arbitraje. Los contractualistas señalan que la potestad del árbitro viene dada por el compromiso arbitral, por lo cual para ser árbitro se requerirá de las mismas cualidades para ser mandatario.

En el fondo la discusión se orienta a establecer jurídicamente el interés de la materia controvertida. En efecto, si las leyes del arbitraje provienen del derecho de los contratos o de las reglas del procedimiento, significa calificar la materia misma como controvertida, incluso, porque también se deciden las posibilidades de ejecución de la sentencia arbitral. Es más en la naturaleza jurídica del arbitraje importa pronunciarse sobre la jurisdicción y competencia, sobre el procedimiento y la prueba, como sobre los efectos jurídicos particulares de la cuestión sometida al tercero o árbitro.

La tesis contractualista significa aceptar el principio de autonomía de la voluntad de las partes, si bien debe reconocerse que este principio posee los límites fijados por la autoridad jurídica y la ley. Personalmente considero que ambas tesis no son excluyentes ni contradictorias. La aceptación de la tesis contrato no significa que exista hostilidad ante el sistema judicial. En el fondo es el propio Estado el que reconoce el valor jurídico del principio de autonomía de la voluntad de ambas partes y otorga eficacia a la convención, creo que ambos sistemas son compatibles en la perspectiva de coadyuvar a la administración de justicia, es más concuerdo que en buena reglamentación del arbitraje no puede lograrse sin la colaboración y control de los propios tribunales.

Una tercera corriente viene sometiendo que el arbitraje es de naturaleza mixta, el arbitraje interesa a la administración de justicia, por esta razón se afirma que en el arbitraje intervienen dos convenciones: por una parte la autonomía de la voluntad o convención arbitral; y por la otra la convención suscrita entre las partes t el tercero árbitro, lo que se denomina receptum árbitro.

De esta manera la naturaleza mixta del arbitraje consiste en estas fuentes del poder: la intervención de las partes por libre voluntad y el compromiso entre estas y el árbitro. En este sentido, estaríamos en presencia de una institución jurídica semicontractual y semijurisdiccional, con esta solución evidentemente transnacional, se establece la libertad suficiente para preferir una u otra solución dependiendo de razones prácticas.

La naturaleza jurídica del arbitraje nos debería llevar a encontrar un criterio diferenciador determinante que nos permita reconocer cuando estamos en presencia de un arbitraje o de otra institución semejante, es más existe un buen número de instituciones similares (mediación, intervención jurisdiccional, entre otras.) que obliga a reflexionar sobre algunos criterios de diferenciación.

Las legislaciones nacionales adoptan ambas concepciones, los tribunales más que considerar la naturaleza jurídica del arbitraje han optado por soluciones sujetas a la justicia y criterios de equidad.

2.2 CONCEPTO ACTUAL

“La mediación en su acepción más moderna, constituye un medio alternativo de solución de controversias que como tal representa un medio autocompositivo, consiste en un procedimiento privado, informal, voluntario y no adjudicatorio, en virtud del cual las partes someten una cierta controversia susceptible de una solución convencional (Contrariamente a aquellos regulados por normas de orden público, que como tales no son susceptibles de arbitraje privado ni de transacción) a un tercero independiente, imparcial y neutral, quien actúa como un facilitador que busca una avenencia entre las partes, para lograr que estas, de común acuerdo encuentren una solución a su desavenencia.

Si bien pudiera pensarse en una analogía entre la mediación y la amigable composición, entre los elementos distintivos de ambas está que, mientras en la primera son las propias partes quienes llegan voluntariamente a su propia solución precisamente de manera auto compositiva, teniendo al mediador como un mero facilitador que no resuelve la controversia, que termina así como una solución hasta entonces no obligatoria, tratándose de la segunda institución, el amigable componedor es,

precisamente quien resuelve de manera heterocompositiva la controversia, en forma adjudicatoria y con fuerza vinculativa para las partes.”¹⁸

La mediación es un procedimiento voluntario de naturaleza auto compositiva, por el cual dos o más personas, llamadas mediados, involucradas en un conflicto buscan una solución amigable y aceptable, a través de la asistencia de un tercero llamado mediador, quien sujetándose a los principios rectores de este método, establecidos en las reglas de operación, les auxiliará para llegar a la solución de su disputa. Un aspecto novedoso es la referencia a “mediados” en lugar de “partes” para referirse a los sujetos jurídicos, con ello se abandona la idea de llamar partes a los que tienen un conflicto, tradicionalmente en mecanismos donde una tercera parte decide, como le son los jueces o árbitros, en la mediación deciden los mediados.

En materia familiar es el procedimiento a través del cual los miembros de la familia inmiscuidos en algún conflicto que se suscite en sus relaciones familiares, traten de dirimirlo con el auxilio de un mediador que les posibilita vías de dialogo y la búsqueda en común de una solución satisfactoria.

Respecto al arbitraje, éste representa una forma no judicial de dirimir conflictos mediante la que las personas naturales o jurídicas convienen en someter a la decisión de uno o varios árbitros (siempre número impar) las cuestiones litigiosas surgidas o que pueden surgir en materias de su libre disposición conforme a derecho, éste arbitraje puede ser voluntario o forzoso, el primero emana de las partes a diferencia del segundo que proviene de la ley siendo este último procedimiento impuesto para resolver determinados litigios como el arbitraje laboral.

El principio de esta institución radica en la voluntad de las partes y no en su carácter obligatorio, aunque el arbitraje laboral es distinto del arbitraje civil.

La doctrina moderna admite que el proceso civil es más y antes que otra cosa, instrumental o sea que sirve para la verificación de la verdad de los hechos y la identificación de la norma legislativa que regula el caso concreto, solo cuando las partes no cumplen y no se adaptan a la conducta prescrita por la norma abstracta.

¹⁸ DICCIONARIO Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México Porrúa, 2004 Pág. 2479.

Por eso la actividad de los jueces resulta ser subsidiaria de la actividad de las partes interesadas y por eso también, éstas pueden someter sus diferencias no sólo a los jueces estatales, sino a personas privadas de jurisdicción para que sean éstas las que resuelvan una determinada situación jurídica. Pallares dice que el arbitraje implica una renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial y que por eso tiene una importancia procesal negativa.

“Sin embargo la razón que puede inducir a las partes a preferir este substitutivo de la jurisdicción, es el deseo de valerse de personas competentes o de especial confianza para que resuelvan su controversia en una forma más justa, más rápida y menos dispendiosa. Acuden normalmente al arbitraje personas que conocen las limitaciones que en materias determinadas tienen los jueces ordinarios y prefieren a personas especializadas en esa materia. El arbitraje en el fondo implica una voluntad de transigir y de aceptar como juicio propio el de las personas por ellas escogidas para fallar.”¹⁹

2.3 DISTINCIÓN ENTRE MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE.

Mediación y conciliación.

Contrariamente a lo que sucede en el caso de México, en que la conciliación ha sido largamente conocida, aunque tenga otro perfil, mientras la mediación había sido prácticamente desconocida como medio de solución de controversias, en los Estados Unidos de América la mediación es más conocida y utilizada que la conciliación.

La mediación es el trámite en el que uno o más mediadores interviene en una controversia entre partes determinadas, facilitando la comunicación entre ellas con el objeto de construir un convenio.

La conciliación es una figura aceptada como substitutivo jurisdiccional, es decir, la posibilidad de que el juez, aun sin dictar sentencia sobre el fondo de las demandas de las partes, favorezca la composición de la controversia entre las partes mismas de tal manera que el acuerdo tenido por éstas, con ocasión del proceso, lo hace inútil.

¹⁹ BECERRA Bautista José, *El Proceso Civil en México*, México Porrúa, 1986, pp. 17 y 18.

Ahora la conciliación es obligatoria en todos los procesos de carácter civil; si se llega a un arreglo o a una transacción en la audiencia previa y de conciliación se celebra un convenio judicial en virtud del cual se da por terminado el proceso o se modifican las pretensiones de las partes.

Por lo que respecta al método algunos postulantes estadounidenses afirman que la mediación es un proceso en el cual las partes contendientes son asistidas por un tercero neutral para intentar resolver su controversia; y lo resuelto en la mediación contrariamente a lo que sucede en el caso del arbitraje, no es obligatorio, aunque las partes pueden convenir en celebrar un convenio de transacción y en darle curso como si se tratara de un laudo arbitral o de sentencia ejecutoriada.

Otros postulantes presentan a la mediación como un procedimiento mediante el cual un tercero neutral asiste a las partes en una controversia para que resuelvan esta. En este enfoque está implícita la importancia de que el tercero para conservar su neutralidad y confiabilidad frente a las partes, se abstenga de proponer soluciones.

En México el empleo de los términos conciliación y mediación ha despertado cierto cuestionamiento ya que no polemiza equiparándose la mediación a la conciliación e incluso algunos postulantes consideran que es éste el nombre que debiera llevar la primera, ya que en la tradición jurídica mexicana la mediación no ha sido otra cosa que un acto de comercio equiparable a la correduría o al corretaje, mientras que la conciliación ha sido un medio de solución de controversias, de hondas y viejas raíces.

“Desde el punto de vista gramatical, el vocablo conciliación significa “acción y efecto de conciliar, lo que a su vez significa componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí “ y conformar dos o más posiciones o doctrinas al parecer contrarias, por ello se define la conciliación como “el acuerdo al que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos;” mientras que mediación gramaticalmente significa “acción y efecto de mediar” lo que a su vez significa interponerse entre dos o más que riñen o contienden procurando reconciliarlos y unirlos en amistad, considerando estos significados, desde el punto de vista estrictamente semántico, ello implica que a diferencia de la mediación que por definición requiere de un tercero que se interponga para mediar, tratándose de la conciliación no se requiere de tercero alguno para que las partes en un proceso o fuera de él lleguen a un acuerdo respecto a su controversia, que puedan conciliar y transigir

sin la necesidad de la intervención de un tercero. Fuera de estas diferencias semánticas, puede decirse que no existe diferencia material entre conciliación y mediación.”²⁰

Para corrientes doctrinales como la norteamericana, argentina, brasileña entre otras, ambos procesos son diferentes, sin embargo para los colombianos mediar y conciliar es lo mismo.

La conciliación y la mediación están muy ligadas en cuanto a su origen, naturaleza y metodología, no obstante se diferencian en cuanto al procedimiento usado aunque tienen el mismo fin. Por medio del mediador, quien no puede proponer fórmulas de solución, se persigue el objetivo de superar la disputa a fin de que las partes continúen en sociedad. De no lograrse, entra en juego el conciliador, tercero neutral quien conduce la negociación entre las partes, dirige el procedimiento y si puede asesorar, aconsejar, emitir opinión o proponer fórmulas de arreglo.

Así entonces el objetivo del mediador es facilitar que las partes lleguen a un acuerdo, mediante el cual la solución definitiva ocurre sin ganadores ni perdedores. Por tanto podemos abundar diciendo que entre la conciliación y la mediación existe (a pesar de ser figuras aparentemente semejantes) diferencias como son:

1.- En la mediación, el tercero sólo actúa de simple moderador acercando a las partes para que estos encuentren la solución, no tiene poder de decisión ni de propuesta, podrá en ocasiones dar una opinión o proponer una solución, pero en tanto las partes no las acepten como propias, solo serán meras sugerencias carentes de valor y eficacia. En tanto que en la conciliación, el tercero al que acuden las partes tienen una función activa al formular una propuesta o recomendación, la que obliga a las partes en cuanto aceptan la misma.

2.- La conciliación solo puede ser utilizada cuando el conflicto haya nacido, no así la mediación, la cual puede ser utilizada ante la simple divergencia de las partes que pudiera derivar en un verdadero conflicto.

²⁰ FAIREN Guillen Víctor, Figuras Extraprocesales de Arreglo de Conflictos, “la conciliación, la mediación y el ombudsman” justicia y sociedad, Editorial México UNAM, 1994, Pág. 57.

3.- En la mediación los medios para resolver el conflicto existen en el ánimo de las partes, en la labor de aproximación del tercero para llegar a un acuerdo; no así en la conciliación, en la cual el tercero tiene los conocimientos necesarios para formular sus propuestas o recomendación.

“Para la autora Cecilia Azar “... tanto el conciliador como el mediador son terceros que intervienen en la resolución de conflictos, no con la finalidad de imponer su decisión, sino de coadyuvar a solucionarlos mediante la comunicación entre las partes y la proposición de fórmulas auto compositivas”.²¹

“De lo anterior se desprende que el conciliador es un tercero que intenta comunicar a las partes entre sí; por propia iniciativa o por la de las partes o la de otro tercero; en caso de lograr la comunicación, propone medios de solución aceptables para las partes y puede, en consecuencia, lograr el acuerdo de éstos sobre el punto de discrepancia. La autora citada advierte que al conciliador puede comprenderse de dos formas: una como sinónimo de mediador; otra como una institución que reúne las siguientes características:

- a) Es un órgano público determinado por la ley para tal efecto
- b) Su intervención no depende del acuerdo de las partes para que se acepte
- c) Controla la regularidad jurídica de las propuestas, esto es, que se ajusten no solo a las posibilidades de las partes sino también a derecho.

Las opiniones anteriores no son aceptadas por la generalidad de los autores; por ejemplo podemos citar que para Niceto Alcalá Zamora y Castillo “... el mediador es un tercero, no siempre rigurosamente imparcial, que presenta afinidades con el conciliador por un lado, y con el árbitro por otro, con el primero coincide en el afán o propósito de avenir a las partes o en todo caso de zanjar sus diferencias en vía extraprocésal y con el segundo en ser como regla designada por ellas.”²²

²¹ AZAR Monsur Cecilia, Mediación y conciliación en México, Dos Vías Alternativas de Solución de conflictos a considerar, México Porrúa, S. A. , 1999, pp. 54 y 55.

²² ALCALÁ Zamora y Castillo Niceto, Estudios de Teoría e Historia del Proceso, Vol. 3, México Editorial Jurídica Universitaria, 2001, Pág. 265.

Por su parte Guillermo Floris Margadant aunque de forma no muy clara establece como distinción que "... un conciliador dirige la discusión entre las partes, pero en caso de que estas no se pongan de acuerdo presentará una posible solución conciliatoria (algo que un mediador nunca podrá hacer).

De lo anteriormente expuesto podemos señalar que las principales diferencias entre la mediación y la conciliación son las siguientes:

1.- La mediación es facultativa para las partes, la conciliación puede serlo o ser obligatoria.

2.- La mediación es extraprocesal, la conciliación puede ser procesal o no.

3.- El resultado de la mediación es un simple acuerdo entre la partes, el resultado de la conciliación puede ser un convenio, allanamiento o desistimiento que se homologa a una sentencia judicial.

4.- El mediador no es, necesariamente un perito en derecho, mientras que el conciliador si debe serlo, o al menos, tener conocimientos mayores que el normal de las personas.

5.- El mediador no regula necesariamente la juridicidad de las propuestas, en tanto que el conciliador analiza y controla la licitud de las proposiciones.

Mediación y arbitraje

La mediación implica con frecuencia la actuación de una tercera parte como simplificador en el proceso de negociación. Un mediador reúne a las partes, ayuda a definir los asuntos implicados en el conflicto, ofrece una tercera perspectiva sobre el problema y las soluciones, y dirige el proceso de resolución. Un árbitro, por otra parte, actúa más como un juez, examinando el aspecto de cada parte y decidiendo una resolución.

Los mediadores y los árbitros pueden jugar un valioso papel en la resolución de un conflicto. Pueden ayudar a despersonalizarlo, ofrecer la perspectiva imparcial de una persona no implicada en el mismo, y ayudar a las partes a alcanzar resoluciones únicas y creativas. Sin embargo, también pueden existir peligros al utilizar una tercera parte.

Primero, las partes implicadas pueden apartarse de los asuntos concernientes al conflicto y centrarse en ganarse el apoyo de la tercera parte. Es en efecto muy difícil para la tercera parte evitar encontrarse atrapado en el proceso y expandir el conflicto; la preocupación por salvar las apariencias empieza a destacar cuando las partes del conflicto saben que están siendo observadas. Finalmente es importante para los esfuerzos de la tercera parte asegurar que los participantes en el conflicto sientan que tienen voz al decidir el proceso que va a utilizarse para resolver el conflicto. Sin tener en cuenta el resultado, los participantes estarán satisfechos con una resolución en la medida en que hayan sido participantes activos en el procedimiento y hayan recibido una amplia oportunidad para expresar sus puntos de vista.

“La mediación difiere de su proceso emparentado, el “arbitraje”. En el arbitraje, el árbitro oye los hechos del caso y toma una decisión de obligatoriedad jurídica que puede o no satisfacer a ambas partes. En la mediación, los contendientes deciden el resultado; en el arbitraje, la tercera parte neutral determina el resultado. Parece que casi universalmente las terceras partes neutrales prefieren la mediación al arbitraje, debido a que en la mediación la decisión o el acuerdo es el producto de los contendientes, y por ese motivo los contendientes van a encontrarse más satisfechos con la solución o acuerdo.

Los árbitros y mediadores con frecuencia necesitan y quieren dedicar tiempo a cada conflicto para comprender sus causas y consecuencias a largo plazo. Los datos indican que la conciliación anterior a la vista puede ser más elevada en marcos de mediación o arbitraje, comparados con situaciones en que están implicados el sistema o los tribunales, muchos expertos en el campo de la justicia perciben las decisiones tomadas por el tribunal como fracasos, también entienden que los tribunales imparten justicia en forma lenta y por tanto producen la insatisfacción de muchos ciudadanos.”²³

²³ GROVER Duffy Karen, James W. Grosh y Paul V. Olczak, *La Mediación y sus Contextos de Aplicación*, Editorial PAIDOS, Barcelona, Buenos Aires, México, 1996, pp. 46 y 47.

Las diferencias entre la mediación y el arbitraje surgen del hecho de que en una mediación las partes conservan la responsabilidad y el control respecto de una controversia y no transfieren el poder de toma de decisiones al mediador. En términos concretos, ello tiene dos principales consecuencias:

“En el arbitraje el resultado se determina de conformidad con una norma objetiva, la ley aplicable. En la mediación, cualquier resultado se determina por voluntad de las partes. Por consiguiente, al decir acerca de un resultado, las partes pueden tomar en cuenta una serie más amplia de normas y, en particular, sus intereses personales respectivos. Por ello se dice con frecuencia que la mediación es un procedimiento basado en intereses, mientras que el arbitraje es un procedimiento basado en derechos.

El hecho de tener en cuenta los intereses personales también significa que las partes pueden decidir el resultado por referencia a su futura relación más bien que únicamente por referencia de su conducta pasada.”²⁴

Una parte debe convencer al tribunal de arbitraje de lo justificado de su causa. Dirige sus argumentos al tribunal y no a la otra parte. En una mediación, puesto que el resultado debe ser aceptado por ambas partes y no decidido por el mediador, una parte debe convencer a la otra o negociar con ella. Se dirige a la otra parte y no al mediador aún cuando el mediador pueda ser el conducto de las comunicaciones de una parte a la otra.

Naturalmente, en vista de estas diferencias, la mediación es un procedimiento más informal que el arbitraje.

Por tanto en la mediación las partes conservan el control de la controversia sin delegar el poder de la toma de decisiones en el mediador. Por esa misma razón cualquier resultado al que se arribe tendrá origen en la voluntad de los intervinientes. En tanto que en el arbitraje el resultado del proceso deriva del árbitro, quien resuelve según las normas que resulten de aplicación al caso concreto, existiendo un tercero que decide; el proceso se desarrolla en un marco de ganador-perdedor, característica que no presenta la mediación.

²⁴ HERRERA Trejo Sergio, La Mediación en México, Editorial FUNDAP, México 2000. Pág. 40.

Las diferencias entre la mediación y el arbitraje surgen del hecho de que en una mediación, las partes conservan la responsabilidad y el control respecto de la controversia y no transfieren el poder de toma de decisiones al mediador. En términos concretos, ello tiene dos principales consecuencias:

1.- En la mediación se trata de un procedimiento no vinculante en el que un tercero neutral, el mediador, ayuda a las partes a solucionar la controversia.

El arbitraje es un procedimiento neutral por el cual se somete una controversia a uno o varios árbitros que dictan una decisión obligatoria sobre la misma.

2.- La mediación se termina llegando a un acuerdo entre las partes y si no se llegara a él se puede recurrir a la autoridad judicial para resolver la controversia.

En el arbitraje se llega al término del mismo cuando se emite una resolución llamada laudo que es obligatoria para las partes.

“La dificultad para caracterizar al arbitraje surge en cuanto se advierte que se rige, tanto por la ley sustantiva como por la procesal. El pacto entre las partes, al que concurre el tercero, quedaría definido como mandato conjuntivo si no fuera por la particularidad del procedimiento. Ya en éste según las cambiantes regulaciones positivas, el árbitro pasa de las facultades provenientes del compromiso, a los poderes previstos en las leyes para la dirección e impulso de las secuencias.

En el procedimiento el árbitro llega a alcanzar la posición de un juez. No en todos los casos, especialmente en aquellos en que basta el simple depósito del compromiso y en los que el arbitraje no implica la constitución de un proceso. Para hablar de éste, es menester conjuntar acciones con actividad jurisdiccional; pero cuando en el arbitraje no hay una constitución en juicio, como previa toma de contacto con el tercero imparcial, es inadecuado hablar de proceso. Si a esto se añade que la actividad de las partes es susceptible de una reducción al mínimo de la entrega única de los documentos indispensables para el conocimiento del litigio, resulta que el arbitraje puede quedar limitado al encargo de una obra intelectual.

En las cosas simples, principalmente tenidas en cuenta por el legislador, no se perciben las repercusiones procesales con la claridad que ofrecen hipótesis poco frecuentes, como las mencionadas por la doctrina respecto al caso de controversias conexas, entregadas una al arbitraje y la otra al juez ordinario. Aunque sea discutible la existencia de un interés público en la reunión de ambas, que implica la actuación del árbitro, el hecho de que se confronte un problema de conexidad procesal, es prueba suficiente de las implicaciones que en éste orden tiene el compromiso.”²⁵

2.4 ÁRBITRO Y MEDIADOR

Árbitro

El árbitro es la persona que, sin ser funcionario judicial conoce de un litigio, lo tramita y pronuncia sentencia sobre el. También pueden ser árbitros los jueces en algunas legislaciones, pero entonces obran como particulares y no como jueces. Los árbitros se obligan a realizar una obra y no a prestar un servicio que los mantenga en la dependencia de la otra parte contratante.

Este contrato debe distinguirse del compromiso arbitral que los interesados celebran, y respecto del cual permanecen extraños los árbitros. El contrato de estas se contiene en la aceptación que hacen del cargo de árbitros.

En el compromiso se les da poder jurídico para realizar su cometido. El contrato que celebra el árbitro está reglamentado sólo en parte por la ley, no requiere de formalidad especial alguna, es bilateral, puede ser oneroso o gratuito y, a diferencia del que celebran los funcionarios judiciales, es de derecho privado.

Todo el que esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles puede comprometer en árbitros sus negocios, los tutores no pueden hacerlo respecto de los negocios de sus representados sino con aprobación judicial, salvo en el caso en que fueren herederos de quien celebró el compromiso o cláusula compromisoria, los albaceas necesitan el consentimiento unánime de los herederos, salvo también que se trate de cumplimentar el compromiso o cláusula compromisoria pactados por el autor de la herencia.

²⁵ BRISEÑO Sierra Humberto, *El Arbitraje en el Derecho Privado*, México UNAM, 1983, pp. 61 y 62.

En este caso si no hubiera árbitro nombrado, se hará el nombramiento necesariamente con intervención judicial.

Como los árbitros son mandatarios de las partes, estos pueden revocar el mandato que les han otorgado, siempre que lo hagan de común acuerdo, ya que de esta forma los designan. La revocación pone fin al compromiso cuando las partes no han designado sustituto y no están de acuerdo en el nombramiento de un nuevo árbitro. En otros términos, si es la voluntad de las partes que sólo determinada o determinadas personas sean árbitros, y les revocan su nombramiento, el compromiso caduca, sin que proceda en este caso la intervención judicial para designar a otras personas.

Algunos jurisconsultos señalan que el contrato que celebran los árbitros con las partes litigantes es el de mandato porque mediante él aceptan la obligación de tramitar el juicio arbitral y pronunciar el laudo respectivo, es decir, el de ejecutar dichos actos jurídicos por virtud del mandato que le dan los árbitros.

También la obligación de los árbitros como la de los oficiales pertenecientes al orden judicial o agregados a éste, nace de un contrato, pero éste se concluye por Estado, con las partes que son los que le confieren el poder. Podemos llamarlo “contrato de arbitraje”.

El contrato de arbitraje es distinto del compromiso, de la misma manera que, no se debe confundir la procura con el mandato. La distinción se refiere tanto a la función como a la estructura de los actos. El compromiso confiere a los árbitros el poder; mediante el contrato de arbitraje se constituye la obligación para los árbitros de ejercitar aquel poder y para las partes de anticipar o rembolsar a estos los gastos y de pagar los honorarios.

La jurisdicción de los árbitros es excepcional y limitada, no puede extenderse a otros casos que los consignados en la ley. Los árbitros carecen de imperio y sólo tienen facultades de conocimiento, tramitación y decisión pero igualmente limitadas. Los árbitros pueden nombrar secretarios cuando sean varios, si se trata de uno solo se tiene esa facultad si las partes no se han puesto de acuerdo dentro del tercer día; pueden nombrar un tercero en discordia cuando están autorizados para ello, tienen jurisdicción para conocer de los incidentes sin los cuales no fuese posible decidir el juicio principal, así como de las excepciones perentorias.

“Por ser limitada la jurisdicción de los árbitros se siguen las siguientes consecuencias:

a) No pueden emplear los medios de apremio en contra de las partes ni menos en contra de terceros.

b) La ejecución del laudo arbitral la lleva el juez de primera instancia. La misma regla rige con respecto a la ejecución de autos y decretos.

c) En la ejecución, los tribunales ordinarios no pueden modificar ni menos revocar o nulificar el laudo o dicho de otra manera, no es requisito para su ejecución que los tribunales ordinarios otorguen validez a la sentencia arbitral.

d) No pueden conocer de la reconvencción, pero si de los incidentes que afecten a la cuestión principal y de las excepciones perentorias, incluyendo la compensación aún cuando erróneamente se haga valer como reconvencción.

e) La jurisdicción de que carezcan los árbitros será suplida por los tribunales ordinarios, quienes están obligados a impartirles el auxilio necesario.”²⁶

En el capítulo III del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México nos señala:

Los que tengan controversia tienen derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral.

²⁶ PALLARES Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil 21° edición, México Editorial Porrúa, 1989, pp. 471 a la 475.

El árbitro durará en su encargo hasta en tanto se resuelva el asunto sometido a su conocimiento, lo que deberá hacer en el plazo de cien días, salvo convenio en contrario. El plazo sólo se interrumpirá a partir de la muerte del árbitro o cuando se promueva su recusación, reanudándose cuando se nombre el sustituto o decida la recusación.

Los árbitros no podrán ser revocados sino por acuerdo unánime de las partes, siempre están obligados a recibir pruebas y oír alegatos si cualquiera de las partes lo pidiere. En el compromiso arbitral se podrá pactar sobre las reglas procesales, pero en todo caso deben respetarse las formalidades esenciales del procedimiento, pudiéndose convenir lo siguiente:

- 1.- El número de árbitros y el procedimiento para su designación.
- 2.- El lugar donde se llevará a cabo el arbitraje.
- 3.- El nombramiento del secretario para los árbitros.

Las causas por las que concluye el arbitraje son:

- 1.- Por muerte del árbitro nombrado por las partes.
- 2.- Por excusa del árbitro.
- 3.- Por recusación del árbitro nombrado por el juez.
- 4.- Por remoción.
- 5.- Por terminación del plazo o sus prórrogas.

6.- Por transacción.

7.- Por desaparición o destrucción del objetivo del litigio.

En los supuestos marcados en los primeros cuatro puntos terminará el compromiso arbitral, siempre y cuando no exista árbitro sustituto o las partes no convengan en una nueva designación.

En caso de que los árbitros estuvieren autorizados a nombrar un tercero en discordia y no lograren ponerse de acuerdo, acudirán al juez de primera instancia. Cuando el tercero en discordia fuere designado faltando menos de quince días para la terminación del plazo del arbitraje y las partes no lo prorrogaren, podrá disponer de diez días más que se sumarán a dicho plazo para que pueda pronunciarse el laudo.

Los árbitros pueden condenar en daños y costas, perjuicios e incluso imponer multas, pero para emplear los medios de apremio debe acudir al juez de primera instancia, quien resolverá sin ulterior recurso.

Mediador

El mediador es el tercero neutral quien, considerando con imparcialidad los intereses de los mediados, establece puentes de comunicación entre ellos y les conduce hacia un acuerdo justo y perdurable. Esta definición no califica al mediador como un ser neutral (sin emociones y pensamientos propios), sino que exige que en la mediación se comporte con imparcialidad (hasta donde humanamente sea posible). Se profesionaliza al mediador al exigir una capacitación, este hecho asegura hasta donde puede ser posible una excelencia en la mediación.

No pueden actuar como mediadores o co-mediadores en los procedimientos quienes se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

1.- Ser cónyuge, concubina o concubinario, o pariente dentro del cuarto grado por consanguinidad o segundo grado por afinidad, de alguno de los mediados sujetos al procedimiento alterno de solución de conflictos.

2.- Estar en la misma situación a que se refiere el punto anterior respecto de los miembros de los órganos de administración, cuando los mediados o alguno de ellos sea una persona moral y en su caso, de los socios ilimitadamente responsables.

3.- Ser o haber sido abogado, apoderado o persona autorizada de alguno de los mediados en algún juicio pendiente.

4.- Mantener o haber mantenido durante los seis meses inmediatos anteriores a su designación, relación laboral con alguno de los mediados, o prestarle o haberle prestado sus servicios profesionales independientes.

5.- Ser socio, arrendador o inquilino de alguno de los mediados en el procedimiento al cual se le designe.

6.- Tener interés directo o indirecto en el resultado del conflicto.

El mediador no podrá actuar como testigo en la vía jurisdiccional de los asuntos no resueltos en la mediación de los cuales tuvo conocimiento, toda vez que ha celebrado un convenio de confidencialidad. Asimismo, tampoco los mediados o cualquier otra persona que haya participado en alguna de las sesiones de mediación, podrán emplear lo conocido en dichas sesiones para testimoniar o probar algo en la vía jurisdiccional. La actuación de los mediadores debe considerarse limitada por el secreto profesional.

Si bien se ha hablado en singular de mediador, no existe un sólo tipo de mediador, se ha llegado a la conclusión que existen tres tipos básicos de mediadores:

1.- Quienes actúan como promotores públicos y constructores de área: se trata de quienes son públicamente conocidos por la promoción de la mediación como sistema para resolver conflictos; estos mediadores hablan y escriben sobre la mediación, con llegada de grandes auditorios, por lo que son voceros del método; promueven la mediación como alternativa legítima y creíble, por ser menos costosa, más eficiente, equilibrada de poder, transformadora de las relaciones personales y solucionadora de problemas. Sus puntos de vista y su ubicación en las primeras filas ante los terceros justificaban el trabajo de los demás mediadores, por lo que contribuyen en forma significativa a la expansión del área. Su función principal es vender la mediación a los potenciales usuarios que originalmente puedan ser escépticos y hasta hostiles.

2.- Quienes practican y ejercen la mediación como forma de vida de tiempo completo: se trata de profesionales que se ganan la vida como mediadores, sea en una práctica pública o privada. Su preocupación se centra en cuestiones relativas al campo laboral, conseguir clientes o su imagen en el mercado. Los que ejercen en privado deben legitimarse y ser creíbles, “venderse” a si mismos, al mismo tiempo que a sus servicios; al contrario, los que ejercen en contextos institucionales tienen más casos de los que pueden manejar y su preocupación muchas veces ronda por interrogarse sobre si a alguien le importa realmente lo que hacen. Todos enfrentan el desafío propio de la práctica, especialmente el de llevar a las partes a un difícil acuerdo y hay gran debate sobre como debe hacerse la tarea.

3.- Quienes ofician de mediadores pero sin considerarse no ser profesionales de la mediación: Existen quienes median desde afuera de la profesión, son abogados, funcionarios políticos o diplomáticos que utilizan y practican nuevas formas de facilitación. Utilizan ciertas técnicas y dan cierto lustre a la profesión al servir propósitos nobles como la paz mundial y la armonía social.

Si estos facilitadores fracasan, puede producirse un impacto negativo sobre la profesión; si tienen éxitos rotundos, esto se refleja con energía favorable y da a todos un sentido de trascendencia.

“Las características que debe tener un mediador eficiente son:

A) NEUTRALIDAD.-La cualidad más importante de un mediador eficaz es su capacidad de mantener un papel imparcial y neutral en medio de la controversia.

B) CAPACIDAD PARA ABSTENERSE DE PROYECTAR SU PROPIO JUICIO.- El rol del mediador es ayudar a que las partes lleguen a un acuerdo cuyos términos sean aceptables para ellas, aún cuando el mediador esté en desacuerdo con la sabiduría o con la justicia de la solución.

C) FLEXIBILIDAD.- Debe estimularse la fluidez en las comunicaciones.

D) INTELIGENCIA.- Las partes buscan un mediador que les facilite el camino de la resolución, con una mentalidad ágil y eficaz. Debe ser capaz de ver las cuestiones en múltiples niveles, de tratar hechos complejos y de analizar los problemas.

E) PACIENCIA.- Es importante que el mediador pueda esperar los tiempos necesarios según lo requieran las partes.

F) EMPATÍA.- El mediador debe ser capaz de valorar percepciones, medios e historia que cada parte revele en la discusión. La confianza se instala a partir de esta corriente personal.

G) SENSIBILIDAD Y RESPETO.- El mediador debe ser respetuoso con las partes y sensible a sus fuertes sentimientos valorativos, incluyendo sexo, raza y diferencias culturales.

H) OYENTE ACTIVO.- Las partes deben sentir que el mediador ha oído las respectivas presentaciones y dichos.

I) IMAGINATIVO Y HÁBIL EN RECURSOS.- Es importante que el mediador tenga capacidad de generar y aportar nuevas ideas.

J) ENÉRGICO Y PERSUASIVO.- A través de la conducción del proceso, el mediador debe intervenir eficazmente para lograr la flexibilidad entre las partes aunque debe dirigir la dinámica y controlar la audiencia sin ser autoritario.

K) OBJETIVO.- El mediador será más efectivo si permanece desligado del aspecto emocional de la disputa.

L) DIGNO DE CONFIANZA PARA GUARDAR CONFIDENCIAS.- Debe guardar confidencialidad y las partes tienen que estar convencidos de que ello será así.

M) TENER SENTIDO DEL HUMOR.- Es necesario que el mediador tenga la capacidad para liberar las tensiones que pudiera generar el conflicto entre las partes y pueda crear un clima favorable.

N) PERSEVERANTE.- Cuando las partes llegan lentamente al acuerdo, el mediador debe saber soportar la espera y la ansiedad que esto provoca.²⁷

“El reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México en su artículo 4.2 señala “El mediador - conciliador tendrá las obligaciones siguientes:

a) Desarrollar su función imparcial y neutralmente;

b) Realizar la mediación o conciliación en la forma y términos establecidos en el presente reglamento y demás disposiciones aplicables.

²⁷ <http://www.mas venezuela.org.ve/consti.htm> consultada el 26 de febrero de 2007.

c) Vigilar que en el trámite de mediación o conciliación no se afecten derechos de terceros o intereses de menores o incapaces;

d) Cerciorarse de que los interesados tengan correcto entendimiento del proceso y alcances de la mediación o conciliación desde su inicio hasta su conclusión;

e) Cerciorarse que la voluntad de los interesados no sufra algún vicio del consentimiento;

f) Abstenerse de prestar servicios profesionales diversos al de la mediación o conciliación en cualquier tipo de asuntos;

g) Excusarse de conocer del trámite de la mediación o conciliación en los mismos casos previstos para los jueces, conforme al Código de Procedimientos Civiles del Estado de México;

h) Mantener la confidencialidad de las actuaciones;

i) Facilitar la comunicación directa de los interesados;

j) Propiciar una satisfactoria composición de intereses, mediante el consentimiento informado de las partes;

k) Auxiliar al órgano jurisdiccional en los casos de conciliación en que sea requerido;

l) Asistir a los cursos de capacitación o actualización que convoque el Consejo de la Judicatura;

m) Acatar las demás disposiciones contenidas en las leyes, reglamentos, manuales, circulares, oficios y acuerdos relativos al servicio de la mediación o conciliación extrajudicial.”²⁸

La Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de México establece en su artículo 184 los requisitos para ser mediador los cuales son:

I.- Ser ciudadano mexicano en pleno uso de sus derechos;

II.- Tener cuando menos 30 años cumplidos el día de su designación;

III.- Ser licenciado en derecho, psicología, sociología, antropología, trabajo social o en comunicación y tener estudios en materia de mediación y conciliación;

IV.- Aprobar el curso y concurso de oposición que realice el Instituto de Capacitación y Especialización Judicial en materia de mediación y conciliación;

V.- Ser de reconocida buena conducta y solvencia moral;

VI.- No haber sido condenado por delito intencional.

2.5 EL ROL DEL ABOGADO EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN

²⁸ Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México, vigente desde marzo de 2003.

Gran parte del sistema legal refleja la creencia general de la sociedad de que “a través de un conflicto de opiniones, surge la verdad”. Esta creencia existente desde hace mucho tiempo ha llevado al enfoque basado en la confrontación, utilizado normalmente en los tribunales y las negociaciones. Pero el caso de cada cliente es único, y tener una caja de herramientas llena de diversos instrumentos de resolución de disputas se ha convertido en una necesidad para la práctica de la “buena abogacía”. Diagnosticar el caso y adecuarlo al proceso de solución de conflictos más apropiado se ha convertido en una habilidad valiosa para enfrentarse de la mejor manera posible a las necesidades de los clientes. Los tribunales de éste país no deben ser el lugar donde comience la resolución de las disputas. Deben ser los espacios donde los conflictos finalicen, después de haberse examinado e intentado los métodos alternativos de solución de conflictos. Los tribunales de nuestro país deben ser considerados los tribunales de último recurso.

La solución judicial como método clásico, concluye con la sentencia que define el pleito y donde por lo general hay un vencedor y un vencido. Y si bien puede suceder que ambas partes resulten gananciosas o perdidosas en todo o en parte, el juez debe pronunciarse sobre las pretensiones y defensas esgrimidas, respetando el principio de congruencia y en base a las pruebas producidas, sin juzgar sobre la conveniencia de la solución.

En todo juicio controvertido hay un enfrentamiento de partes, un choque frontal en el que cada una de ellas expone sus mejores razones de derecho con el fin de convencer y vencer en la contienda.

Las partes tratan de no ceder posiciones, resaltando todo aquello que las beneficia y callando lo que las desfavorece. Esta situación produce un enorme desgaste, tensiones, agotamiento, e incluso un deterioro en las relaciones entre ellas que las distancie aún más de lo que estaban antes del pleito, y muchas veces, por el mismo mecanismo del litigio, los abogados también se ven inmersos en esa lucha sin cuartel y avivan el fuego de la discordia y el resentimiento entre sus propios clientes.

Ello no quiere decir que la solución judicial deba eliminarse, muy por el contrario, se trata aquí de demostrar sus desventajas frente a otros sistemas de composición de las controversias, que no producen los efectos negativos antes referidos. Pero cuando las partes no quieren someterse a la solución acordada, o cuando a través de ella no se han logrado los resultados buscados, cuando tienen interés en obtener una declaración del derecho que les asiste o quieren evitar futuros conflictos que podrían derivarse del actual, la solución judicial se muestra como la más acertada.

Se trata de vías distintas para la solución del conflicto, en ocasiones la justicia será el más adecuado, en otras en cambio lo será el arbitraje o la mediación, lo importante es introducir el procedimiento adecuado en el momento adecuado.

Un número creciente de abogados están descubriendo que disfrutan actuando como terceras partes neutrales (a saber, mediadores, árbitros, jueces.). Algunos realizan este servicio como profesión, otros sirven como voluntarios. Esta nueva percepción de la resolución de la disputa está acercando el sistema legal a la esperanza de que algún día todos los abogados serán contemplados como sanadores del conflicto humano.

En Estados Unidos las asociaciones de abogados locales y estatales también patrocinan otros proyectos diversos. Una Settlement Week (semana de acuerdo anual) ha interesado y fomentado la implicación de muchos colegios de abogados, como los de Virginia Oeste, Ohio, San Luís, Indianápolis, California y el distrito de Columbia. Con frecuencia conjuntamente con la semana legal (Law Week), los tribunales y el colegio de abogados reservan una semana para proporcionar negociación, mediación y arbitraje a los casos evidentemente retrasados. Cientos de abogados formados sirven como solventores de disputas, especialmente en los casos que han estado pendientes de los calendarios judiciales durante mucho tiempo.

Los abogados juegan en la actualidad multitud de papeles en la resolución de conflictos. Uno de los más valiosos tiene que ver con la entrevista y la etapa de diagnóstico inicial con el cliente, cuando se le plantean cuestiones para determinar si un caso se puede procesar o no. Con el mayor conocimiento de la resolución de conflictos, los abogados están hoy en día intentando discernir hasta que punto pueden ayudar mejor a sus clientes utilizando todas las herramientas disponibles.

En lugar de centrarse exclusivamente en las compensaciones financieras o de otro tipo para el cliente, el abogado tiene presentes los deseos de todas las partes implicadas, manteniendo los intereses de los clientes en primer plano.

Este estilo de negociación basado en la no confrontación puede ponerse de manifiesto durante otro papel que el abogado puede desempeñar en la resolución de conflictos, que es el de defensor durante el proceso. Por ejemplo, cuando se programa una mediación, el abogado puede investigar a la persona que la ha suministrado y al propio proceso de mediación. Después el abogado, si el cliente lo desea, atiende la

propia mediación. A veces el abogado es simplemente un espectador; en otras, puede participar de manera activa. La presencia o participación del abogado pueden promover el éxito del proceso equilibrando el poder de las partes o protegiendo la información o los derechos del cliente.

Más allá de estos dos papeles, el abogado puede jugar un papel fuera del proceso de mediación, o después del mismo. Un acuerdo logrado durante el proceso de mediación puede ulteriormente ser comprobado y aprobado por los respectivos abogados de las partes. El cuarto papel que los abogados pueden jugar es el de una tercera parte neutral.

En la actualidad, los abogados están implicados en todos los tipos de casos. En los vecinales o de quejas pequeñas, los abogados frecuentemente charlan con sus clientes antes y después de la sesión de mediación. En las cuestiones familiares y de divorcio los abogados generalmente están a menudo con sus clientes durante la sesión. Hoy día, el 95% de todos los casos incluyendo los comerciales y de negocios se resuelven sin un juicio.

Los abogados progresistas utilizan muchas herramientas y habilidades entre las cuales figuran el arte de preguntar, oír y comunicarse de forma efectiva, la prevención del conflicto, el manejo del mismo y la negociación de intereses. La resolución del conflicto no suplanta estas habilidades sino que las complementa. En muchos casos, al margen de lo habilidoso que sea un abogado, no puede alcanzarse ningún acuerdo; en estos casos, la resolución del conflicto ofrece más herramientas para resolver y superar los obstáculos.

Algunos partidarios de la resolución de conflictos han alegado que los abogados asisten a las audiencias de mediación para realizar descubrimientos informales. No obstante, la mayoría de los abogados están de acuerdo en que la confidencialidad es importante, especialmente en los casos de familia o los que implican asuntos personales importantes, la confidencialidad puede asegurarse por medio de un acuerdo voluntario de todas las partes idealmente por escrito.

La función que cumplen los abogados en el proceso de la mediación es de vital importancia para la seguridad y funcionamiento del instituto de la mediación, debido a que los mismos deberían informar y asesorar a sus clientes acerca de las ventajas y desventajas de participar en un procedimiento de mediación.

Como primer paso el abogado deberá informar de manera detallada a su cliente, en que consiste el proceso de mediación, ya que en nuestro país es un medio alternativo de solución de conflictos relativamente nuevo y son muchas las personas que hasta el día de hoy conocen poco y nada acerca de este novedoso sistema de resolución de disputas.

Con relación a la mediación es esencial que las partes tomen conocimiento que el mediador en ninguna oportunidad podrá suplir el rol del abogado de parte, asesorando a las mismas, ya que uno de los pilares básicos del instituto de la mediación es que el mediador tenga durante todo el procedimiento una conducta de imparcialidad como asimismo de neutralidad hacia las partes.

Luego de que las partes hayan tomado conocimiento acerca de que es y como funciona el proceso de mediación, sus letrados tendrán que analizar el caso en particular para saber realmente si es aconsejable o no que sus clientes participen de la mediación o si bien resulta más apropiado recurrir a otros métodos para resolver definitivamente el conflicto existente. Lo importante es que el cliente esté siempre informado y por sobre todo sea él quien decida que camino desea elegir para resolver la controversia existente. Asimismo cuando los abogados comprendan adecuadamente el instituto de la mediación podrán facilitar el proceso y en consecuencia aumentar la probabilidad de lograr un acuerdo beneficioso para todas la partes intervinientes; evitando que las partes acudan al servicio del sistema judicial que como ya bien sabemos hoy en día es demasiado lento, costoso y por sobre todo, desgastante para las personas involucradas.

La presencia física del abogado en la audiencia de mediación resultó ser tema de gran debate en los estados Unidos de Norte América. Gran parte de la doctrina consideró que la asistencia del letrado durante el proceso de mediación debería ser una decisión exclusiva de las partes. Asimismo la Suprema Corte del Estado de Minnessota recomendó que los letrados deberían contar con el permiso de asistir a las audiencias de mediación para facilitar la discusión con los clientes acerca de su conflicto.

En la mayoría de los casos, la presencia activa de los abogados en las mediaciones es de gran ayuda para las partes, debido a que muchas veces estas no cuentan con técnicas de negociación, reduciendo las consecuencias de riesgos futuros, pudiendo lograr resultados beneficiosos para ambas partes. Por otro lado también debe tenerse en cuenta que el exceso de participación activa de los abogados en las sesiones de mediación puede disminuir la participación esencial de las partes. Por ello en dichos casos el abogado deberá cumplir con un rol limitado, es decir, asesorando solamente a las partes, dejando que ellas mismas tomen las decisiones que a su juicio resulten ser las más apropiadas.

Asimismo son las partes las que deben decidir el grado de participación de sus abogados en las audiencias de la mediación, ya que en algunos casos las partes desean que el rol protagónico lo mantenga su abogado y no ellas mismas.

Resulta importante que el abogado mantenga una comunicación real, directa y efectiva con su cliente, contando con el tiempo suficiente para poder discutir y debatir la totalidad de los temas tratados o a tratar durante las audiencias. Es decir, que la parte debe sentirse totalmente a gusto con su abogado, debiendo siempre confiar en él, contando con la libertad plena de poder evacuar sus dudas y temores, haciendo las consultas que sean necesarias para poder estar totalmente seguras que la decisión a tomarse resultará ser la más apropiada según el asesoramiento legal recibido y por sobre todo según sus propias convicciones personales.

“De acuerdo en lo establecido en la Ley de Mediación 24.573, en la Argentina resulta obligatorio que la partes concurran a la audiencia de mediación pública asistidos por un letrado, en caso contrario se considera como si la parte nunca hubiese comparecido a la cita judicial del mediador. Como sanción a dicho incumplimiento la parte tendrá la obligación legal de pagar una multa, correspondiente a dos veces la retribución básica de los honorarios del mediador público. El propósito de dicha norma fue proteger los derechos e intereses de las partes por igual, es decir que no se produzca un desequilibrio de poder entre las mismas, al contar una de ellas con el asesoramiento legal y la otra parte no. Por ello es deber del mediador no continuar con la mediación en los casos en que una de las partes se presente a la audiencia sin asistencia letrada.

En dichas situaciones el mediador tendrá que dar por finalizado el proceso de la mediación o bien a pedido exclusivo de las partes podrá suspender la audiencia y fijar una nueva fecha, en la cual dicha parte se compromete a concurrir junto con un abogado para poder continuar o mejor dicho comenzar de manera correcta con el debido proceso de mediación.

Si bien en las mediaciones privadas no resulta obligatorio que las partes acudan a la audiencia junto con la presencia de un abogado, si una de las partes así lo hiciera sería conveniente que la otra parte también cuente con la asistencia letrada para no crear diferencias entre las mismas, aunque la decisión final en estos casos no pasa por el mediador sino por la decisión exclusiva de las partes.

Resulta muy aconsejable que las partes consulten siempre con un abogado al menos antes que procedan a suscribir el acuerdo de la mediación, ya que es esencial que se encuentren completamente seguras de que no se están comprometiendo legalmente a cumplir con obligaciones que puedan resultarles en un futuro perjudiciales o bien que no protejan adecuadamente sus derechos.”²⁹

El éxito del abogado, estará vinculado ahora a lograr un acuerdo satisfactorio para su cliente, a la par que cubra los intereses de su contraria. Se advierte de este modo que la búsqueda de la solución, desde la óptica de la negociación, es mucho más creativa, porque exige sentarse a pensar un cúmulo de posibilidades que puedan conformar a ambos contendientes.

Por ello el abogado actual podrá asumir diferentes roles, uno como litigante y otro como negociador, cuando el caso así lo requiera, lo cual torna necesaria una reeducación y formación en ese sentido. Para la búsqueda de un acuerdo es necesario que las partes y sus respectivos abogados asuman una actitud positiva; El primer requisito es que realmente se tenga intención de negociar en vistas a una solución, si no existe esa predisposición nada se logrará.

“Y es función primordial del abogado:

a) Poner en conocimiento de su cliente la realidad de su situación frente al derecho vigente. El es un técnico en derecho, un estudioso del derecho positivo, la razón principal por la cual es requerido, consiste en que la persona necesita de su auxilio profesional para solucionar su problema. El abogado debe informar al cliente con total veracidad, las posibilidades de éxito y de fracaso que tiene su conflicto. Para ello deberá estudiar concienzudamente el caso, analizar sus particularidades de hecho, el derecho aplicable, las dudas que pueden suscitarse, criterios jurisprudenciales encontrados, e incluso la justicia de la solución. Transmitirán al cliente, de acuerdo a su cultura, y con palabras a su alcance de modo que comprenda cabalmente, las posibles soluciones que pueden brindarse al amparo del derecho positivo, los pros y los contras.

²⁹ GROVER Duffy Karen, James W Grosh y Paúl V. Olzack, La Mediación y sus Contextos de Aplicación, Editorial PAIDOS, Barcelona, Buenos Aires, Mexico, 1996. pp.222 a la 243.

- b) Analizará los costos de una solución judicial: sus honorarios profesionales, gastos de juicio, posibilidades y tiempo posible en que demandará una sentencia así como también su cumplimiento.

- c) Hará saber en términos fáciles de comprender, el mecanismo de la mediación, la función del mediador, su carácter de tercero neutral ajeno a las partes, el deber de confidencialidad, y primordialmente, le hará saber de que en la mediación el posible acuerdo lo buscan entre las partes, que el mediador es un facilitador de la comunicación entre ellas.

- d) También evaluará cual es el real interés de su cliente, más allá de la posición que pueda sustentarse, y de ser posible, tendrá en cuenta los posibles intereses de la contraparte. En base a las posibilidades de éxito e intereses subyacentes, con su cliente intentará idear una gama de alternativas aceptables, a fin de que durante el curso de la mediación esté preparado para responder a posibles propuestas.

- e) Tratará de quitar tensión al problema, de modo tal que ello permita a su cliente centrar los esfuerzos en la búsqueda de soluciones inteligentes, que no se dejen llevar por las emociones, causando un posible juicio. Deberá introducir la necesidad de separar a las personas de los problemas.

- f) Insistirá en la búsqueda de criterios objetivos más allá de las concretas pretensiones de su cliente.

En síntesis los abogados deberán dejar de lado la mentalidad pleitista que hasta ahora los caracteriza, para dar paso a una mentalidad abierta al acuerdo. La búsqueda de las soluciones autocompuestas es la exigencia actual, la gente está agobiada por el intenso ritmo de vida y quiere soluciones rápidas y menos desgastantes. Esto no significa de ningún modo que sus clientes se allanen a cualquier acuerdo con tal de arreglar, si la solución propuesta no es equilibrada, el abogado estará obligado a ponerlo en conocimiento de su cliente, y si pese a ello éste insiste, entonces quedará a salvo su responsabilidad profesional.

Existen diversas alternativas que el abogado evaluará sobre su conveniencia en cada caso en particular. Es que la mediación, aunque buena, no siempre es el camino adecuado para todos los problemas. Y en ocasiones, a lo mejor las partes no han alcanzado la madurez necesaria en el momento en que se suscita el conflicto. Por ello elaborado debe estar preparado para ofrecer a su cliente una gama de posibles métodos, por los que éste podrá optar, luego de evaluar las ventajas y desventajas de cada uno de ellos.³⁰

³⁰ DUPUIS Juan Carlos, *Mediación y Conciliación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina 1997. pp. 303 a 306.

CAPÍTULO 3

LA MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN EN LA ACTUALIDAD.

3.1 PRINCIPIOS QUE RIGEN LA MEDIACIÓN.

Al hablar de principios nos referimos a las reglas o preceptos bajo los cuales se va a desarrollar el proceso de la mediación y los cuales nunca deben contravenir lo establecido en la ley, a continuación haremos mención de cada uno de dichos principios:

A) VOLUNTARIEDAD.- Entendido como todo aquello que se hace de manera libre y espontánea y no por obligación o deber; desde éste principio podemos ver que el proceso de mediación debe responder a la propia decisión de las partes para que acudan, permanezcan o se retiren del mismo sin tener presiones de ningún tipo; determinar la estructura del mismo, decidir sobre la información que revelan u ocultan, así como la libertad de decidir si se llega a un acuerdo o no.

Algunas legislaciones regulan la mediación como una instancia obligatoria, dicha obligatoriedad debe entenderse como prerequisite de procedibilidad en un juicio, lo que no elimina el principio de voluntariedad de las partes dentro del procedimiento de mediación, toda vez, que si las partes no quieren mediar, nadie los puede obligar.

B) CONFIDENCIALIDAD.- Entendido como lo que se hace o se dice en confianza, desde éste principio la mediación implica un sinnúmero de actos de confianza, por lo tanto en la mediación nada de lo que se dice puede ser revelado, en primer lugar por el mediador, aunque la confidencialidad en la mediación debe operar no sólo frente al propio mediador sino también frente a la contraparte, incluso frente a terceros.

El intercambio directo de propuestas entre las partes es lo que asegura acuerdos duraderos, para que éstas se atrevan a comunicarse con toda libertad sus intereses y necesidades, que involucren parte de su intimidad, es necesario que se sientan en confianza con la discreción y mesura con que maneje el mediador la información y que la conozca desde el principio de su intervención en el proceso, es indispensable que los mediados tengan la certeza de que lo ocurrido en la mediación no será divulgado por el mediador ni llevado fuera del lugar donde se ha llevado a cabo la mediación.

C) NEUTRALIDAD.- Entendido como la ausencia de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de las partes que intervienen en el proceso, en la mediación la actitud del mediador frente a los conflictos debe ser madura, equilibrada; esto es, que el mediador no debe emitir juicios u opiniones sobre el asunto que está atendiendo, es decir, debe de mostrar una actitud libre de favoritismos, prejuicios o rituales, ya sea de pensamiento, palabra o acción, así como tampoco deberá establecer alianza con ninguna de las partes, deberá actuar con equidad para con las partes en conflicto.

Es condición indispensable para que las partes encuentren confiable la intervención del mediador, por lo tanto, éste jamás propondrá alguna alternativa de solución, a fin de no mostrar intención anticipada a favor o en contra de alguno de los mediados. Por lo tanto, es necesario señalar anticipadamente en que casos el mediador estará impedido de atender un asunto, desde luego cuando implique para él conflicto de intereses, o bien, sus sentimientos ya sean positivos o negativos, lo conduzcan a favorecer o perjudicar a alguna de las partes.

D) IMPARCIALIDAD.- Entendido como la actitud de abstención que se debe tener para no involucrarse con alguna de las partes y tratarlos con absoluta objetividad tratándolos sin hacer diferencia alguna; por lo tanto, en la mediación no puede haber inclinación por parte del mediador a favor de ninguna de las partes intervinientes en dicho proceso. Las partes deberán recibir el mismo trato y percibir que el mediador es una persona libre de favoritismos de palabra o acción, que ha asumido el compromiso de apoyarlos por igual sin propiciar ventajas para una u otra de las partes en proceso.

E) FLEXIBILIDAD.- Entendido como la facilidad de ceder o acoplarse fácilmente, saliéndose de los patrones rígidos; desde éste principio, la mediación no habrá de sujetarse al cumplimiento de formas y solemnidades inamovibles. Si bien la mediación posee una estructura a la que se le atribuyen distintas etapas y reglas mínimas, el mediador y las partes no se sujetarán a un proceder estricto dentro de ellas, toda vez que pueden obviar pasos, convenir la forma en que deberá desarrollarse el procedimiento e incluso avanzar en él y luego retroceder; debe existir amplia libertad para aplicar el procedimiento, a efecto de alcanzar de manera económica y rápida un acuerdo que sea de la entera satisfacción de los mediados.

F) EQUIDAD.- Entendido como la disposición mental del mediador para mantener el mismo ánimo para con los mediados, manifiesten lo que manifiesten en cuanto a sus intereses, principios, rituales, hechos, entre otros, desde éste principio, el mediador debe tener la capacidad para no dejarse influenciar por los sentimientos, actitudes y hechos pasados o presentes que las partes en proceso puedan manifestar. En éste principio radican la justicia, satisfacción y durabilidad del acuerdo construido para que se cumpla.

Así entonces podemos sintetizar que la mediación es un proceso voluntario, a través del cual las partes en conflicto son asistidos por un tercero neutral llamado “mediador”, quien intervendrá en dicho proceso para ayudarlas a negociar y poder llegar a realizar un acuerdo de la entera satisfacción de ambas partes. El rol del mediador consiste en ayudar a las partes a descubrir sus verdaderos intereses, necesidades y objetivos. Asimismo, contribuirá a que las partes logren una comunicación efectiva, lleguen a identificar los aspectos principales de la controversia, exploren sus posibilidades fuera de la mesa de negociación y las posibles consecuencias negativas que se producirían de no llegar a un acuerdo que solucione su conflicto.

3.2 LEY DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN EN EL ESTADO DE MÉXICO.

Si bien es cierto que en el Estado de México aún no se cuenta con una ley de mediación y conciliación como tal, también es cierto que no por ello se ha dejado la regulación de ésta figura al aire dado que dicho medio alternativo de solución de conflictos encuentra su regulación tanto en la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México así también en su reglamento interno como más adelante y de manera detallada podremos analizarlo.

“Actualmente la mediación y conciliación la podemos ver en algunas Entidades Federativas tales como:

Nuevo León: El estado de Nuevo León es pionero al incorporar la conciliación penal de delitos que se persiguen de oficio, con penalidades que no rebasen los tres años de prisión y que no se trate de delitos graves, de manera que al conciliarse los interesados operen los efectos del perdón y de cabida al sobreseimiento.”³¹

En el estado de Morelos, en el Código Penal y Código Adjetivo, se estableció la conciliación no sólo durante la instrucción sino que incluso se aplica esa medida desde la averiguación previa. La función conciliadora ha ayudado a descargar una gran cantidad de asuntos que se resuelven en la etapa de preparación del ejercicio de la acción penal.

El estado de Quintana Roo fue pionero al igual que Nuevo León en la República Mexicana, al instituir la conciliación, mediación y arbitraje como mecanismos fuente de solución de controversias mediante decreto número 8° de fecha 6 de agosto de 1997, publicado en el periódico oficial de esa entidad el 14 del mismo mes y año.

“Se expidió también la Ley de Justicia Alternativa del estado de Quintana Roo, cuya esencia radica en introducir sin menoscabo de la jurisdicción de los tribunales judiciales del fuero común, pero con la validez legal y efectos jurídicos de un laudo por resolución definitiva, medios alternos de procedimientos no jurisdiccionales, como la conciliación, la mediación y el arbitraje, no afecta los medios ordinarios de litigio previstos en los respectivos códigos de los estados.

Cada día la ciudadanía tiene muy claro el objetivo de la justicia alterna, que es la de brindar la mediación y conciliación a toda persona que lo solicite, así como la asistencia legal a quienes cuentan con menos recursos económicos, por ende el propósito es seguir creciendo y fortaleciendo ese programa.

El Centro de Justicia Alternativa en Quintana Roo se encuentra funcionando desde principios de 1997 como un mecanismo para facilitar el acceso a un sistema de justicia digna, completa e imparcial, sin favoritismos, obedeciendo tan sólo a los principios de derecho y equidad.

³¹ HERRERA Trejo Sergio, La Mediación en México, FUNDAP México, 2000. Pág. 63.

El éxito de este programa a diez años de su implementación es evidente al reflejar algunas de las siguientes ventajas: “Se da marco jurídico a una obligación moral no documentada, respaldando lo acordado con el valor de una sentencia definitiva al conferirle el valor de cosa juzgada. Se previene la interposición de juicios ociosos o previsiblemente improcedentes por falta de cuantía, descargando de esa manera la excesiva carga de la función jurisdiccional.”³²

La Ley de Justicia Alternativa agiliza en gran medida la solución de conflictos entre particulares, evitando el desgaste que generan los juicios prolongados; descarga gran porcentaje de juicios hacia los juzgados de primera instancia, ya que los conflictos se resuelven antes de llegar a ellos.

“En el estado de Colima por ejemplo, por acuerdo del Pleno del Supremo Tribunal de Colima, de fecha 25 de octubre de 1999, al ejercitar la facultad de iniciar leyes en materia judicial, presentó iniciativa de ley para poner al H. Congreso del estado reformas a la Constitución Política en temas sustantivos para el Poder Judicial de esta entidad entre otros.”³³

Juez Penitenciario
Auxilio a las víctimas
Justicia Conciliatoria
Justicia Alternativa

“En el estado de Querétaro se abrió el segundo Centro de Mediación en donde se realizó en 1999 el Programa Nacional de Formación de Mediadores, que bajo el auspicio de la Academia Nacional de Seguridad Pública y del Tribunal Superior de Justicia reunió a representantes de diversos estados de la República para iniciar la capacitación de mediadores judiciales.

El servicio de mediación que proporciona el Tribunal Superior de Justicia del estado de Querétaro, se caracteriza fundamentalmente por su voluntariedad y gratuidad. Los casos que se aceptan para resolver en materia familiar, civil y mercantil, tienen como base derechos disponibles y en materia penal sólo en asuntos perseguibles por querrela.

³² LOY Song Encada Lizbeth, La Resolución Alterna de Conflictos: Una Estrategia Nacional, Tribuna Jurídica, Organismo de Difusión del Poder Judicial del estado de Quintana Roo, No. 28, 2001 Pág. 74.

³³ HERRERA Trejo Sergio, La Mediación en México, Editorial FUNDAP, México 2000, Pág. 70.

En Baja California Sur se inauguró el 8 de enero de 2001 El Centro de Mediación con el apoyo del ejecutivo estatal, después de un intenso programa de difusión.”³⁴

En los estados de Aguascalientes y Jalisco los Tribunales Superiores de Justicia han elaborado ya el proyecto de Ley para crear sus respectivos Centros de Mediación, organismos que a su vez preparan cursos de capacitación intensivos para profesionales interesados en aprender y practicar las técnicas y herramientas de la mediación.

Resulta importante señalar que la figura de la mediación no es un tema desconocido en nuestro sistema jurídico, sin embargo en la actualidad se encuentra regulado en algunas Entidades Federativas como ya lo hemos mencionado, sin embargo ha sido en el Estado de México en donde ha cobrado mayor fuerza tal y como a continuación veremos:

La mediación es concebida como...”el trámite en el que uno o más mediadores intervienen en una controversia entre partes determinadas, facilitando la comunicación entre ellas con objeto de que terminen sus diferencias con un convenio, en tanto que la conciliación es el proceso en el que uno o más conciliadores asisten a las partes en conflicto, para facilitar las vías del diálogo proponiendo alternativas y soluciones al conflicto.

“Así también es de destacar que en el Poder Judicial del Estado de México la mediación y conciliación se admiten antes, durante y después de un proceso judicial. En materias civil, familiar y mercantil, las partes pueden someter a la mediación o conciliación la regulación del cumplimiento de la sentencia ejecutoria, en tanto que en el ámbito penal, la ejecución de la sentencia podrá ser regulada a través de la mediación y la conciliación en lo relativo a la reparación del daño, pudiéndose hacer uso de tales medios para restaurar las relaciones humanas y sociales afectadas por el delito, tal y como establece el artículo 423 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México el cual analizaremos en el siguiente capítulo.

Por otra parte, desde una perspectiva histórica tenemos que en el Estado de México, en el año 2002 la LIV Legislatura del Congreso Local, recibió del presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura, Magistrado Abel Villcaña Estrada la iniciativa de reforma legal para incorporar en la legislación estatal la mediación y conciliación como medios alternos de justicia.

³⁴HERRERA, Op. Cit. Pág. 76.

En ocasión de la mencionada iniciativa “Las Comisiones Unidas de Legislación y Administración de Justicia de la LIV Legislatura, presidida por el Diputado David Ulises Guzmán Palma, llevaron a cabo una amplia investigación sobre la filosofía y práctica de la mediación y conciliación, visitaron entre otras ciudades; Querétaro, la Paz, Baja California Sur y Cancún donde pudieron constatar que tales medios alternativos se encuentran operando con éxito y con un alto beneficio social.”³⁵

Consecuentes Con los fines de su investigación las citadas comisiones tomando en cuenta las condiciones políticas, sociales, educativas, culturales y económicas generales de la entidad, incorporaron en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México la mediación y conciliación, estableciéndose en el artículo 2.307 que las controversias jurídicas entre los particulares podrán resolverse a través de la conciliación o mediación como medios alternativos a la vía jurisdiccional y que los tribunales podrán remitir a los particulares al Centro de Mediación y Conciliación previo su consentimiento que deberá constar en forma fehaciente.

Con las reformas aludidas, la soberanía del Estado de México dio base a la creación de mecanismos legales facilitadores de la convivencia pacífica en el suelo mexiquense, proporcionando programas específicos de la educación para la paz.

De lo anteriormente expuesto se puede advertir que el legislador quiso que los gobernados, asumiendo de manera responsable las libertades consagradas a su favor en la Constitución Política del Estado de México, antes, durante y después de juicio pueden acudir a la mediación y conciliación como formas alternativas.

Tomando como base la manera como reencuentra regulada actualmente la mediación en el Estado de México encontramos que esta figura constituye un proceso en el cual las partes en conflicto designan a una tercera parte neutral e imparcial para que los auxilie u oriente a encontrar una solución a su problema; se encuentra además que uno de los objetivos de la mediación es negociar voluntariamente un acuerdo; que tales procesos se pueden aplicar a cualquier tipo de conflicto en el que se busque una solución que satisfaga mutuamente los intereses de las partes en conflicto.

³⁵HERNANDEZ Tirado Héctor, Ponencia “Reflexiones en torno a la reforma legislativa en materia de mediación y conciliación en el Estado de México”, México 2002.

En consecuencia por el principio de sucumbencia a la norma, habrá de convenirse que la mediación y la conciliación opera y puede llevarse a cabo por el “CENTRO DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO”, durante juicio, porque en el caso de convenio o transacción el proceso se extingue en materia civil, y en materia penal, en caso de llegarse a algún acuerdo, se remitirá éste al juez del conocimiento para los efectos de la extinción de la pretensión punitiva, pudiéndose entonces decir que la mediación y la conciliación son admisibles después de iniciado el proceso, ya que éste puede concluir mediante el acuerdo construido por las partes en dichos medios alternos, lo que tiene respaldado tanto en la doctrina jurídica como en la jurisprudencia, donde uniformemente se ha sostenido que si por la voluntad de los gobernados se ha iniciado un juicio, por voluntad de los mismos puede concluir por convenio, cuando se trata de derechos y obligaciones de orden privado y no se afecta el interés público ni de derechos de terceros.

Consideramos que tal y como se dispone la mediación en esta Entidad Federativa, los demás Estados de la Federación deberían establecer este tipo de alternativa de solución, no sólo de manera legal, sino también institucional, para que así la gente pueda obtener con mayor rapidez y prontitud soluciones a sus problemas, que en caso de que se ventilen de manera judicial tardarían demasiado tiempo en verse resultados palpables. Aunque se debe tener presente que el logro de un acuerdo no significa necesariamente la resolución plena de conflictos, sino en la posibilidad de las partes de comprender lo depositado en la mediación y la conciliación para que se genere un cambio hacia una historia alternativa: La vía pacífica.

“Por lo que la mediación en conjunto con la conciliación deben constituirse en nuestro sistema jurídico como mecanismos diferentes y extensos al proceso propiamente judicial, teniendo como objetivos al aliviar al Poder Judicial de la pesada carga procesal que soporta, razón por la cual la mediación y la conciliación se erigirán como filtros que eviten que todos los conflictos lleguen al órgano jurisdiccional, procurando que exclusivamente aquellas controversias que así lo requieran, por su complejidad o por los bienes jurídicos que estén de por medio, sean conocidos por el poder antes mencionado. Es menester su incorporación dentro de nuestros ordenamientos jurídicos ya que esto hará que la carga procesal que actualmente tiene el Poder Judicial aminore y así no se descuiden asuntos de mayor importancia y que no se administre justicia de manera oportuna y eficiente.”³⁶

³⁶ <http://www.pjedomex.gob.mx> consultada el día 18 de septiembre de 2007.

3.3 CENTROS DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN EN EL ESTADO DE MÉXICO Y EN EL DISTRITO FEDERAL.

En el proceso de mediación y conciliación los participantes son las personas que han manifestado expresamente la voluntad de someter al Centro de Mediación del Poder Judicial del Estado de México el conflicto existente entre ellas.

El primer Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México, fue inaugurado el 11 de diciembre del año 2002 en Toluca, por el Consejo de la Judicatura del Estado de México.

El Centro de Mediación y Conciliación es un órgano del Poder Judicial que tendrá a su cargo los servicios de mediación y conciliación extrajudicial. Prestará sus servicios de mediación y conciliación a la ciudadanía en general, sin ser requisito que medie un proceso judicial y contará con centros que determine el Consejo de la Judicatura, distribuidos estratégicamente para atender las necesidades de los habitantes del Estado. Tal y como lo establece el artículo 178 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de México.

El artículo 179 del mismo ordenamiento nos señala "... El Centro de Mediación y Conciliación tiene a su cargo la prestación de los siguientes servicios:

- I.-** Evaluar las peticiones de los interesados para determinar el medio idóneo del tratamiento de sus diferencias, recabando la conformidad por escrito de las partes para la atención y búsqueda de soluciones correspondientes;
- II.-** Instrumentar y operar servicios de mediación y conciliación extrajudicial en los asuntos susceptibles de transacción cuyo conocimiento está encomendado por la ley a los tribunales del Poder Judicial;
- III.-** Substanciar procedimientos de mediación y conciliación que pongan fin a las controversias judiciales en los términos de la fracción anterior;

IV.- Modificar el medio elegido cuando de común acuerdo con las partes resulte conveniente emplear un método alternativo distinto al inicialmente seleccionado;

V.- Dar por terminado el procedimiento de mediación o conciliación cuando alguna de las partes lo solicite;

VI.- Redactar los acuerdos o convenios a que hayan llegado las partes a través de la mediación o de la conciliación, los cuales deberán ser firmados por ellas, autorizados por el mediador o conciliador que intervino y revisados por el Director del Centro de Mediación y Conciliación, delegado o subdirección correspondiente;

La Ley en comento también señala en su artículo 180 que el Centro de Mediación desarrollará sus funciones conforme al Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación, conforme a los manuales de organización, de procedimientos y demás disposiciones que emita el Consejo de la Judicatura.

Dicho ordenamiento también nos señala en su artículo 183 "... El Director del Centro de Mediación y Conciliación deberá reunir los siguientes requisitos:

I.- Ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos;

II.- Tener cuando menos 35 años el día de la designación;

III.- Ser licenciado en derecho y tener estudios en la materia de mediación y conciliación;

IV.- Aprobar el curso y concurso de oposición que realice el Instituto de Capacitación y Especialización Judicial en materia de mediación y conciliación;

V.- Ser de reconocida buena conducta y solvencia moral;

VI.- No haber sido condenado por delito intencional.

En su artículo 184 señala que los requisitos para ser mediador o conciliador son los mismos que se establecen para ser Director con excepción de la edad, que será cuando menos de 30 años y la profesión pudiendo ser licenciado en derecho, en psicología, en sociología, en antropología, en trabajo social o en comunicación.

A continuación vamos a analizar las disposiciones contenidas dentro del Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México las cuales nos señalan las reglas para el buen funcionamiento y desarrollo del mismo. Dicho ordenamiento consta de cuarenta y seis artículos los cuales veremos en forma general para no hacer una transcripción del mismo.

“El objeto de éste reglamento es regular el servicio de la mediación y la conciliación extrajudicial para la pronta, pacífica y eficaz solución de las controversias. La mediación y la conciliación son medios alternativos auxiliares y complementarios de la función jurisdiccional. No sustituyen la prestación del servicio de los órganos jurisdiccionales.

Para los efectos de dicho reglamento se entiende por mediación, el trámite en el que una o más mediadores intervienen en una controversia entre partes determinadas, facilitando la comunicación entre ellas con el objeto de construir un convenio.

Se entiende por conciliación el proceso en el que uno o más conciliadores, asisten a las partes en conflicto, para facilitar las vías del diálogo, proponiendo alternativas y soluciones al conflicto.

La mediación y conciliación pueden llevarse a cabo aún antes de iniciar cualquier proceso judicial, con la única condición de que los particulares manifiesten su voluntad de hacer uso de dichos medios alternos de solución de controversias.

Una vez iniciado un juicio civil o penal, las partes podrán someter su conflicto a mediación o conciliación, sujetándose a los términos previstos en las leyes adjetivas correspondientes. En materia civil, familiar y mercantil, las partes podrán someter a mediación o conciliación la regulación del cumplimiento de la sentencia ejecutoriada. En materia penal, la ejecución de la sentencia sólo podrá ser regulada en cuanto a la reparación del daño; también podrá hacerse uso de la mediación o conciliación para restaurar las relaciones humanas y sociales afectadas por el delito.

El acuerdo para someterse a la mediación o conciliación podrá constar en contrato privado o en cualquier otro medio fehaciente. Pueden ser materia de mediación o conciliación, todas o algunas de las diferencias que se susciten en relación con un determinado hecho, derecho, contrato, obligación, acción o pretensión. Si éstas no se especificaren, se presumirá que el acuerdo se extiende a todas las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre los interesados.

La mediación y la conciliación sólo se admitirán en los asuntos que sean susceptibles de transacción, cuyo conocimiento esté encomendado a los Tribunales del Poder Judicial del Estado, siempre que no se afecte la moral, o derechos de terceros, ni se contravengan disposiciones de orden público.

Tratándose de conductas delictivas se admitirá la mediación y la conciliación en los delitos perseguibles por querrela; sin embargo, en los perseguibles de oficio, sólo el pago de la reparación del daño podrá sujetarse a mediación o conciliación.

La mediación y conciliación se rigen por los siguientes principios:

Principio de voluntariedad

La mediación y la conciliación son voluntarias por lo que no podrán ser impuestas a persona alguna.

Principio de gratuidad

La mediación y la conciliación es un servicio totalmente gratuito por lo que el Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial no cobrará retribución alguna por la prestación de sus servicios. Queda prohibida toda clase de dádiva o gratificación a los empleados del Centro.

Principio de neutralidad

Los mediadores-conciliadores no deben hacer alianza con ninguno de los participantes en conflicto.

Principio de confidencialidad

No debe divulgarse lo ocurrido dentro de los procesos de mediación o conciliación, excepto con el consentimiento de la totalidad de los participantes involucrados.

Principio de imparcialidad

El mediador-conciliador asignado a un determinado asunto, no debe actuar a favor o en contra de alguno de los participantes en conflicto.

El Centro de Mediación y Conciliación es un órgano del Poder Judicial y tendrá a su cargo los servicios de mediación y conciliación extrajudicial, dependerá del Consejo de la Judicatura, estará a cargo de un Director designado por el Consejo de la Judicatura. El Centro de Mediación y Conciliación desarrollará sus funciones conforme a la legislación aplicable, a este reglamento, a los manuales de organización, de procedimientos y demás disposiciones que expida el Consejo de la Judicatura.

El Consejo de la Judicatura podrá desconcentrar total o parcialmente las funciones del Centro de Mediación y Conciliación, estableciendo unidades en las distintas regiones judiciales del Estado. Los servidores públicos que se adscriban a dichas oficinas desconcentradas tendrán las atribuciones que señalen los ordenamientos legales aplicables, el Manual General de Organización y las que acuerde el Consejo de la Judicatura.

El Centro de Mediación y Conciliación deberá promover y difundir los medios alternativos de solución de controversias con objeto de fomentar la cultura de la paz, asimismo contará con un registro de convenios a cargo del Director, quien está facultado para expedir copias certificadas a los participantes del procedimiento de mediación y conciliación.

Atribuciones no delegables del Director del Centro de Mediación y Conciliación.

- a.- Representar al Centro de Mediación y Conciliación;

- b.- Conducir el funcionamiento del Centro de mediación y conciliación vigilando el cumplimiento de sus objetivos;

- c.- Coordinar a los mediadores-conciliadores y demás personal que labore en el Centro de Mediación y Conciliación;

- d.- Emitir acuerdos y determinaciones en los asuntos de la competencia del Centro de Mediación y Conciliación, y

- e.- Informar mensualmente al Consejo de la Judicatura sobre los asuntos y actividades del Centro de Mediación y Conciliación.

Atribuciones delegables del Director del Centro de Mediación y Conciliación.

- a) Evaluar las solicitudes de los interesados con objeto de designar al mediador-conciliador y determinar el medio alternativo idóneo para el tratamiento del asunto de que se trate;

- b) Cambiar el medio alterno cuando con acuerdo de los participantes resulte conveniente emplear uno distinto al inicialmente elegido;

- c) Dar por terminado el procedimiento de mediación o conciliación cuando alguno de los participantes lo solicite;

- d) Vigilar el cumplimiento de este reglamento, de los manuales, oficios, circulares y acuerdos emitidos para el correcto funcionamiento del Centro de Mediación y Conciliación;

- e) Acordar las reglas para la designación de mediador-conciliador en cada caso;

- f) Revisar y en su caso aprobar, los acuerdos o convenios a que hayan llegado los participantes a través de la mediación o de la conciliación, los cuales deberán ser firmados por ellas y autorizados por el mediador-conciliador que intervino;

- g) Negar el servicio o dar por concluido el procedimiento de mediación o conciliación, en caso de advertir alguna simulación en el trámite del medio alterno;

El mediador-conciliador es la persona, con nombramiento oficial, capacitada para facilitar a comunicación y en su caso, proponer una solución a las partes que intervienen en una controversia dentro del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México.

Obligaciones del mediador-conciliador

- a) Desarrollar su función imparcial y neutralmente;
- b) Realizar la mediación o conciliación en la forma y términos establecidos en el presente reglamento y demás disposiciones aplicables;
- c) Vigilar que en el trámite de mediación o conciliación no se afecten derechos de terceros o intereses de menores o incapaces;
- d) Cerciorarse de que los interesados tengan correcto entendimiento del proceso y alcances de la mediación o conciliación desde su inicio hasta su conclusión;
- e) Cerciorarse de que la voluntad de los interesados no sufra algún vicio del consentimiento;
- f) Abstenerse de prestar servicios profesionales diversos al de la mediación o conciliación en cualquier tipo de asuntos;
- g) Excusarse de conocer del trámite de la mediación o conciliación en los mismos casos previstos por los jueces, conforme al Código de Procedimientos Civiles del Estado de México;
- h) Mantener la confidencialidad de las actuaciones;
- i) Facilitar la comunicación directa de los interesados;

- j) Propiciar una satisfactoria composición de intereses, mediante el consentimiento informado de las partes;
- k) Auxiliar al órgano jurisdiccional en los casos de conciliación en que sea requerido;
- l) Asistir a los cursos de capacitación o actualización que convoque el Consejo de la Judicatura; y
- m) Acatar las demás disposiciones contenidas en las leyes, reglamentos, manuales, circulares, oficios y acuerdos relativos al servicio de la mediación o conciliación extrajudicial.

Los participantes en la mediación o conciliación, son las personas que han manifestado expresamente la voluntad de someter al Centro de Mediación y Conciliación, el conflicto existente entre ellas. Las personas jurídicas podrán acudir a estos medios a través de su representante legal o apoderado, con facultades para transigir y comprometer sus intereses.

Derechos de los participantes

- a) Se les asigne un mediador- conciliador;
- b) Recusar con justa causa al mediador-conciliador que les haya sido designado, en los casos previstos para los jueces, conforme al Código de Procedimientos Civiles del Estado de México;
- c) Intervenir en todas y cada una de las sesiones;

- d) Allegarse por sus medios la asistencia técnica o profesional que requieran;
- e) Renunciar o pedir que se suspenda o concluya el trámite de mediación o conciliación en cualquier tiempo;

Los participantes tendrán en todo tiempo el derecho para someter su controversia al conocimiento de los tribunales; sin embargo, no podrán iniciar o continuar un proceso judicial en tanto no concluya el trámite no adversarial al que se haya sometido, salvo cuando signifique la pérdida de un derecho.

Obligaciones de los participantes

- a) Mantener la confidencialidad de los asuntos sometidos a un trámite no adversarial;
- b) Observar una conducta respetuosa, tolerante y cortés durante la mediación o conciliación;
- c) Cumplir con los compromisos asumidos en el convenio que pongan fin a la controversia; y
- d) Las demás que se contengan en las leyes y reglamentos.

Todo asunto sometido al conocimiento del Centro de Mediación y Conciliación deberá seguir en su totalidad el trámite que establece este reglamento, por lo que sólo podrán autorizarse los convenios que fueren resultado de las sesiones de mediación y conciliación que se celebren en el Centro.

La apertura del trámite de la mediación o conciliación, será dispuesta por el Director del Centro de Mediación y Conciliación a solicitud de parte interesada, la cual deberá usar el formulario que se le proporcionará para tal efecto. Abierto el trámite de la mediación o conciliación un trabajador social del Centro de Mediación se constituirá en el domicilio de la parte complementaria del solicitante, en el lugar donde trabaje o pudiere localizarla, para invitarla a asistir a una sesión inicial, debiendo asentar la constancia relativa.

La invitación deberá contener nombre y domicilio del destinatario, nombre del solicitante, fecha de la solicitud, indicación el día, hora y lugar de celebración de la sesión inicial, nombre del mediador-conciliador, síntesis de los hechos que motivan la solicitud, nombre y firma del Director del Centro de Mediación y Conciliación y fecha de la invitación.

En la sesión inicial el mediador-conciliador informará y explicará a los interesados los principios, medios y fines de la mediación o conciliación. Si la primera sesión no pudiere celebrarse por motivos justificados, a petición verbal o por escrito de los solicitantes, el mediador conciliador deberá convocar a otra. Durante el trámite, el mediador-conciliador podrá convocar a los participantes a cuantas sesiones sean necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en este reglamento.

Las sesiones de mediación o conciliación serán orales, sólo deberá dejarse constancia escrita de su realización, precisando hora, lugar, participantes y fecha de la próxima reunión, la que será firmada únicamente por el mediador-conciliador el cual podrá auxiliarse de expertos en la materia de la controversia, para lograr su solución. También podrá hacer uso de psicólogos que proporcionen terapias a los participantes, con la finalidad de lograr un equilibrio en su estado emocional que les permita iniciar o continuar el procedimiento de mediación o conciliación

El mediador-conciliador designado en un determinado asunto, podrá auxiliarse de otro u otros mediadores-conciliadores o del Director del Centro, con el objeto de garantizar la pronta, pacífica y eficaz solución de las controversias.

El trámite de mediación o conciliación se tendrá por concluido en los siguientes casos:

- a) Por convenio o acuerdo final;
- b) Por decisión de los interesados o alguno de ellos;
- c) Por inasistencia de los interesados a dos o más sesiones sin motivo justificado;
- d) Por negativa de los interesados o alguno de ellos a suscribir el convenio final.

El mediador – conciliador deberá vigilar que el convenio satisfaga los siguientes requisitos:

Constar por escrito, indicando lugar y fecha de celebración, nombre, edad, nacionalidad, estado civil, profesión u ocupación y domicilio de los interesados. Describir el documento con el que el apoderado o representante de los interesados acreditar su carácter, debiendo agregar copia certificada del mismo.

Declaraciones: Las que contendrán una breve relación de los antecedentes que motivaron el trámite.

Cláusulas: Las que contendrán las obligaciones de dar, hacer o tolerar, así como las obligaciones morales convenidas por los interesados.

El juez competente para el caso de incumplimiento; Firma y huella digital de los participantes o sus representantes; en caso de que alguno de ellos no supiere firmar, otra persona lo hará a su ruego.

El nombre y firma del mediador- conciliador y la certificación del Director del Centro de Mediación y Conciliación de haber revisado el convenio, y en su caso, la certificación de haber sido él quien ejerció la función como mediador-conciliador.

Los convenios sólo serán autorizados en caso de que no contravengan la moral o disposiciones de orden público. El Director del Centro deberá asegurarse que los convenios no adolezcan de vicios del consentimiento por lo que no podrán autorizarse convenios que no fuesen resultado de las sesiones de mediación o conciliación desarrolladas en el centro.

Una vez autorizado el convenio final por el Director del Centro, tendrá respecto de los interesados el carácter de sentencia ejecutoriada con efectos de cosa juzgada. Cuando se incumpla el convenio se procederá a su ejecución en la vía de apremio ante el juez competente, conforme al Código de Procedimientos Civiles. Las obligaciones de contenido ético o moral no serán susceptibles de ejecución coactiva.

El juez competente para la ejecución del convenio es el que inicialmente haya conocido de la controversia en sede judicial, en su defecto, el señalado en el convenio y a la falta de señalamiento expreso, el del lugar del convenio.

El Consejo de la Judicatura podrá practicar de oficio o a petición de las partes, visitas de supervisión al Centro de Mediación y Conciliación, para verificar su correcto funcionamiento.

La responsabilidad del Director del Centro de Mediación y Conciliación y de los mediadores-conciliadores por faltas administrativas, se regirá conforme a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México, la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de México y demás disposiciones legales.³⁷

CENTRO DE JUSTICIA ALTERNATIVA EN EL DISTRITO FEDERAL.

El Centro de Justicia Alternativa es un órgano administrativo del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, con autonomía técnica y de gestión, que administra y desarrolla los métodos alternativos para la solución de las controversias que se susciten entre particulares.

³⁷ Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México, vigente desde marzo de 2003.

Su creación constituye la concreción fáctica del esfuerzo del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal para integrarse en uno de los movimientos legislativos y jurídicos de mayor trascendencia en nuestro tiempo, cuya encomienda es la de humanizar más la justicia y ampliar sus vías de acceso, mediante la privatización de los conflictos interpersonales. La instauración de los medios alternativos de solución de controversias en sede judicial, a través de este Centro, como la mediación, responde a la constante demanda de la sociedad por la consolidación de un moderno sistema judicial en el que se promuevan formas democráticas de resolución de conflictos y no solamente los esquemas de la justicia tradicional.

El primero de septiembre de 2003, el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, abre sus puertas a una nueva forma de resolver desavenencias, a través de la mediación en el ámbito del conflicto familiar.

Es importante hacer énfasis en el hecho de que no obstante existir conflictos jurídicos de diversa naturaleza, se decidió que el Centro iniciara atendiendo asuntos familiares, en virtud de que es en la célula social (la familia) en donde se generan las problemáticas más complejas y de mayor trascendencia, tanto para los miembros del propio grupo familiar, como para la sociedad en su conjunto, en septiembre de 2006, la dependencia continuó sus esfuerzos al conocer de asuntos del orden civil y comercial, para concluir, en un futuro cercano, con los asuntos de naturaleza penal, los cuales representan retos más complejos para ser llevados a la justicia alternativa.

Se debe tener presente que parte del convencimiento de que uno de los grandes retos para mejorar el sistema judicial, radica en resolver cada vez más conflictos y de mejor manera; con menos recursos, mayor expeditéz y la máxima responsabilidad y compromiso de los propios actores del conflicto. Desde esta perspectiva, la mediación en sede judicial ya coadyuva en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en el logro de este cometido.

Los objetivos de la mediación en el Centro de Justicia Alternativa del Distrito Federal son:

- 1.- Dar a conocer las características, principios y reglas sobre los que se funda la mediación;

2.- Valorar si el problema y las expectativas planteados por los usuarios son objeto de mediación;

3.- Valorar la capacidad y disposición de los usuarios para participar en el procedimiento, y

4.- Sensibilizar a los solicitantes del servicio de mediación para que usen esta vía de diálogo y negociación para la solución de sus problemas.

Las etapas en que se divide la mediación en el Distrito Federal son las siguientes:

A) RECEPCIÓN.- Se atiende a los solicitantes del servicio de mediación, se asigna automáticamente el número de expediente por el sistema informático del Centro y, en el mismo, y para efectos de identificación, valoración y control, se capturan sus datos en la medida que estos sean necesarios, en función de la naturaleza del conflicto (familiar, civil o comercial) tales como nombre, sexo, edad, domicilio, teléfono, estado civil, número de hijos, la forma en como se enteró del servicio, los datos de identificación y localización de los demás involucrados en el conflicto, así como el asunto por el cual acuden al Centro.

B) INFORMACIÓN.- Se lleva a cabo una entrevista entre los solicitantes y el personal especializado, quien escucha y analiza el caso, así como las expectativas expuestas, para determinar si dicho asunto es susceptible de mediación, aplicando los siguientes criterios de valoración.

1.- Que el asunto sea de naturaleza familiar, civil o comercial.

2.- Que se trate de derechos disponibles.

3.- Que los solicitantes sean capaces de sostener un diálogo adecuado para una negociación equitativa.

4.- Que los solicitantes manifiesten voluntad y capacidad de compromiso.

5.- Que las expectativas de los solicitantes puedan ser cubiertas.

C) ORIENTACIÓN.- Se dan a conocer los principios que sustentan la mediación, las reglas y formas para el desarrollo exitoso de la misma, destacándose la aplicación de los principios de confidencialidad e imparcialidad; así como el respeto, la tolerancia, la honestidad, la franqueza y la atención mutua, con la que los participantes deben conducirse; también, se les invita a analizar el pasado e irlo dejando de lado, en aras de construir un futuro diferente.

Mención especial se hace de la voluntad como elemento determinante del acceso y permanencia en el servicio de mediación.

Cada principio y regla se ejemplifica, mostrando las bondades de la mediación y sus contrastes con el sistema ordinario de impartición de justicia.

D) ACEPTACIÓN DEL SERVICIO.- Como resultado de las etapas anteriores, se determina si el asunto es mediable; de no serlo, se canaliza a la instancia competente. Una vez que los solicitantes deciden participar en el procedimiento, lo deben expresar explícitamente mediante la firma del acuerdo de aceptación del servicio, y autorizan al Centro para que este envíe una invitación a la o las demás personas involucradas en el conflicto para que participen en la mediación, a fin de resolverlo.

En caso de no haber respuesta a la primera invitación, se envía una segunda invitación, cuando los solicitantes así lo pidan. De no ser atendida esta segunda, o en caso de que los invitados no acepten el servicio, se tendrá por fallida la alternativa para mediar el conflicto.

E) ATENCIÓN A LOS INVITADOS.- Cuando las personas invitadas acuden al Centro, se les proporciona la misma información y orientación que a los solicitantes y, de aceptar la mediación propuesta, también expresan, por escrito, su libre voluntad para participar en el procedimiento. De hacerlo así, se señala fecha y hora para la primera sesión, asignándose un mediador, de acuerdo al turno correspondiente, lo que se hace del conocimiento de ambos.

“En el procedimiento de mediación se lleva a cabo por medio de las siguientes etapas:

1.- INICIAL. El mediador asignado da la bienvenida a los mediados y se presenta con ellos. Acuerdan la forma de dirigirse unos a otros con la finalidad de generar un ambiente de respeto y confianza.

Se materializa el principio de voluntariedad firmando los mediados el acuerdo respectivo; ratifican las reglas para mediación y se retoma el compromiso de guardar el principio de confidencialidad, firmando el convenio correspondiente, tanto el mediador como los mediados.

Cada uno de los mediados expresa la razón por la cual acude al procedimiento; el mediador los escucha y observa atentamente, identifica los puntos a atender y los agenda.

2.- RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN. El mediador, a través del uso de las técnicas de comunicación, obtiene información explorando los intereses y necesidades de cada uno de los participantes, con el objeto de que ellos expresen su punto de vista e inquietudes respecto del conflicto.

En esta etapa, el mediador lleva a los participantes a dialogar sobre los puntos que desean tratar, mismos que se enumeran para que decidan por cual de ellos comenzarán a trabajar.

3.- GENERACIÓN DE OPINIONES DE SOLUCIÓN. El mediador, a través de diversas técnicas y herramientas de comunicación promueve el protagonismo de los mediados, propiciando una nueva forma de diálogo entre ellos, lo que permite la generación de ideas, en las que se proponen todas las posibles alternativas de construcción o reconstrucción de sus nuevas relaciones, para la solución que visualizan en el presente y hacia el futuro, trabajando sobre las opciones que consideran más benéficas y factibles, a través del diálogo, el análisis y la negociación, a fin de alcanzar acuerdos mutuamente satisfactorios.

4.- CONVENIO Y CIERRE DEL PROCEDIMIENTO. Con los acuerdos alcanzados se construye el convenio legal privado, que constituye la solución que han dado a su conflicto, mismo que es revisado por los mediados o, en su caso, por sus abogados y, de considerarlo satisfactorio, lo firman. El mediador exhorta a los mediados sobre la importancia de su cumplimiento, comentándoles que pueden ratificarlo ante la autoridad judicial, si así lo desean.

Derivado de la confidencialidad, el mediador y los mediados destruyen, de manera conjunta todas las notas de trabajo.

Se invita a los mediados a expresar aspectos positivos de su relación y de su experiencia en el Centro de Justicia Alternativa. Por último los mediados resuelven la cédula de evaluación del servicio recibido.

El procedimiento de mediación puede concluir, en cualquier momento, por las siguientes razones: desinterés expreso de los mediados, por decisión del mediador al observar falta de disposición para negociar, por decisión de uno o ambos mediados, o por inasistencia de los mismos, realizándose las formalidades propias del cierre como lo son: destrucción de notas de trabajo y evaluación del servicio.

REMEDIACIÓN

Concluido el procedimiento de mediación, se informa a los mediados acerca de la remediación, nuevo proceso a llevar a cabo por causa de incumplimiento parcial o total del convenio, o por surgimiento de circunstancias diferentes a las que prevalecían cuando lo firmaron, a fin de que conozcan que, en caso de darse cualquiera de las dos hipótesis mencionadas, existe la remediación para que se de el cumplimiento de la solución.

El procedimiento de mediación busca y logra, además de que los mediados resuelvan su conflicto con seguridad jurídica, que aprendan a relacionarse de manera diferente con una nueva y más eficaz forma de comunicarse, considerando sus mutuas perspectivas, necesidades e intereses, visualizando al conflicto como una oportunidad para crecer y conservar la relación que los vincula en el mejor nivel posible.³⁸

3.4 TIPOS DE MEDIACIÓN

POR EL ÁREA DE APLICACIÓN

FAMILIAR

En los Estados Unidos, los sistemas judiciales y los profesionales privados que suministran la mediación en conflictos de divorcio y tenencia de los hijos, pleitos entre padres e hijos, conflictos de adopción y pérdida de la patria potestad y en las desavenencias conyugales en las que hay episodios de violencia doméstica, incluso se han elaborado programas obligatorios de mediación previa al juicio. A modo de ejemplo, en el sistema judicial de conciliación conyugal de California, en los casos relacionados con la tenencia de los hijos, las partes se encuentran obligadas a intentar la mediación previa al juicio.

No es nuestra intención poner en cuestionamiento el sistema adversarial sobre el que se apoya nuestra estructura judicial. Pero lo cierto es que en materia de familia, que se caracteriza por su alto contenido afectivo, por la existencia de causas generadoras del conflicto, en ocasiones y por la necesidad del mantenimiento del vínculo entre las partes, dicho sistema se ha mostrado en la experiencia como sumamente negativo, el menos en su implementación tradicional.

³⁸ <http://www.tsjdf.gob.mx/justiciaalternativa> consultada el día 19 de septiembre de 2007.

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

No advierten que la mejor solución para sus problemas familiares habrá de provenir de ellas mismas, porque son las que mejor conocen los propios “códigos de la familia”, las pautas que la rigen. Y muchas veces, ensimismadas en el fragor de la lucha, utilizan sin darse cuenta, como arma de guerra, a lo que ambos más quieren: a sus hijos.

Por ello es necesario un reformulamiento de los métodos destinados a buscar soluciones a la problemática familiar. Ellos irán desde los preventivos, hasta aquellos que tiendan a buscar las mejores maneras de solucionar los conflictos.

Pero estas soluciones tendrán que apoyarse en las más profundas convicciones de las partes, en sus reales necesidades y las del grupo familiar, en particular los hijos. Y fundamentalmente, tendrán visión de futuro, puesto que están destinadas a personas que deben mantener un vínculo, lo que sucede en el caso de existencia de hijos. Entre estas alternativas, se ha mostrado como particularmente atractiva la mediación, puesto que precisamente se apoya en el propio acuerdo de las partes. En materia de tanta trascendencia como lo es la familia, la mediación es una de las alternativas exitosas para que las partes aborden su propia conflictiva de la manera más madura posible.”³⁹

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

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

³⁹ MOORE Christopher, El Proceso de Mediación, Garnica, Buenos Aires, 1995, Pág. 260.

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

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

Así pues y sabiendo de la importancia que tiene la mediación familiar en la sana convivencia social, va dirigida a todas las personas que se encuentren inmerso en una situación de conflicto bien sea con su pareja, sus hijos, sus padres o cualquier otro miembro de su entorno familiar.

La mediación familiar pretende por lo tanto:

- a) Reanudar o facilitar la comunicación;
- b) Conseguir soluciones adaptadas a cada situación concreta;
- c) Atender a las necesidades de cada miembro de la familia; y
- d) Alcanzar acuerdos duraderos.

Entre los asuntos familiares que pueden resolverse a través de la mediación se encuentran, entre otros los siguientes: Separaciones o divorcios, ruptura de la convivencia de las parejas, acuerdos prematrimoniales, división de bienes, problemas derivados del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia y visita de los menores, incumplimientos de los términos acordados en convenios reguladores aprobados por resolución judicial, asuntos hereditarios, relaciones familiares, entre otros más.

Estos casos de mediación familiar son la vía para la actualización de emociones muy poderosas pues representan temas fundamentales que están en crisis, tales como el matrimonio y los hijos y demás consideraciones emocionales o financieras no presentes de modo usual en otros casos en los juzgados civiles.

El mediador debe estar preparado para recibir y procesar estas emociones, que siempre estarán de una manera u otra presente antes, durante y después de la sesión de mediación. Es posible suponer que las partes vienen con un alto grado de ansiedad y fantasías de soluciones mágicas, que se verán necesariamente frustradas por el enfoque de la mediación, que trabaja sobre temas concretos y manejables.

En los peores casos el mediador será visto sin estímulo de su parte, como un juez, un aliado, un enemigo o alguien a quien controlar o manipular. Sabiendo que estas fantasías son inevitables ayudará al mediador a concentrarse en los temas en los cuales si es posible llegar a una solución concreta y tangible. Pero la dedicación, el respeto y la escucha atenta del mediador ayudarán a las partes a ver en la mediación una ayuda limitada pero necesaria a sus problemas.

Las negociaciones en temas de familia son conducidas generalmente por las partes mismas. Puede haber un asesor legal que esté presente en la sesión y que asesore privadamente a su cliente pero esta presencia es aleatoria, se puede proceder sin consejo legal, salvo que haya advertencia del juez de proceder de otra manera.”⁴⁰

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

A) AMPLITUD DE LA SOLUCIÓN: El litigio familiar excede aspectos puramente legales. El mismo incluye cuestiones que entran dentro del terreno psicológico, emocional, entre otros. Hay vínculos afectivos fuertemente involucrados en la disputa que impulsan a las partes a actuar sin el equilibrio suficiente como para construir una solución de futuro, lo menos perjudicial posible. Muchos de estos aspectos no es posible desentrañar dentro de una solución exclusivamente jurídica. En cambio, a través de la mediación las partes podrán construir una solución “a medida”, que exceda, incluso, de los aspectos meramente legales.

B) MANTENIENDO RELACIONES FUTURAS: Al tratarse la mediación de un sistema no adversarial facilita el mantenimiento de las relaciones futuras, situación ésta de suma importancia en los conflictos de familia. La estructura propia del proceso judicial, en cambio, impone un mecanismo de ataque – contraataque. El sistema sobre el que se apoya consiste en convencer al juez que el otro contendiente es el culpable y uno es inocente.

⁴⁰ AZAR Mansur Cecilia, Mediación y Conciliación, Dos Vías Alternativas de Solución de Conflictos a considerar, México Porrúa S. A. 1999, pp. 43 a 45.

La mejor defensa se identifica con el más descarnado ataque. Los resentimientos, rencores y enojos se realimentan. Y si el juez falla a favor de una de las partes, la otra seguramente tendrá la sensación de insatisfacción, que la impulsará a promover al poco tiempo nuevos planteos e incidentes, que eternizarán la disputa. El juez decidirá cuestiones, pero no solucionará el conflicto.

Por lo demás, cuando como en el caso de los conflictos de familia existe una historia de vida común, sentimientos y afectos de por medio, el referido sistema se convierte en un bumerán puesto que, lanzado contra la otra parte, se puede volver contra quien pone en movimiento el mecanismo judicial. Todos sabemos que en los juicios de familia, en los que las partes deben convencer al juez de sus respectivas posiciones, se ventilan situaciones y hechos que producen heridas, a veces incurables. Y ello se agrava, cuando en afán del triunfo, se desdibuja la verdad y se dicen y hacen cosas irreparables.

C) EL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD: Que caracteriza a la mediación importa un resguardo de la privacidad de las partes. Y tratándose de conflictos familiares, la generalidad de las personas prefieren que sus problemas no trasciendan a terceros. En el caso de la mediación, se respetará en mayor medida esa privacidad, puesto que el conflicto únicamente habrá de trascender al mediador y, en su caso, a los asesores jurídicos de las partes. Pero nada de lo que suceda quedará registrado en los papeles, salvo el acuerdo, en caso de ser logrado. Esa circunstancia crea un clima de mayor compromiso de las partes y evita los roces y agresiones que suelen provocar los escritos judiciales.

D) PRINCIPIO DE CELERIDAD: La mediación respeta en mayor medida el principio de celeridad. Este aspecto ya lo hemos analizado pero es importante volver sobre él en el caso de la mediación familiar, puesto que en los conflictos de familia el tiempo es un factor que socava y desgasta a sus integrantes. Es sumamente positivo una pronta solución a los aspectos conflictivos, puesto que ello evitará que se profundicen las diferencias, sufrimientos y, en definitiva, que las partes se sigan causando daño a sí mismas y a los hijos menores, que también están involucrados.

E) RESULTADOS PERMANENTES: Los acuerdos logrados por las partes mismas, al responder a las convicciones de ellas y al “código de familia”, producen resultados más permanentes. Y en este caso asume especial relevancia el tema, si se advierte que ellas atraviesan una situación de crisis, que deben enfrentar en el momento más vulnerable de sus vidas, por lo que es preciso evitar que se ahonden las diferencias. Pero tampoco se puede dejar de enfrentarlas, eludiéndolas, puesto que la ruptura torna necesaria la solución de diversas situaciones vinculadas a las mismas partes, a los hijos, e incluso a los bienes.

F) ECONOMÍA EN DINERO: Aquí también es bueno reiterar el menor costo que involucra la solución acordada. Ese menor costo no sólo abarca el aspecto emocional, sino también el económico. Los largos pleitos que se suscitan frente a la ruptura de una familia imponen enormes costos dinerarios, no sólo en abogados, sino también en asistentes sociales, psiquiatras, psicólogos, entre otros, lo cual tiene rápida incidencia en el bolsillo de las partes y en el nivel de vida de la familia que, por lo demás, frente a la ruptura, ya se vio mermado.

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

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

Pero si existe la inclinación natural del mediador a juzgar la justicia del caso, también las partes suelen verlo en el papel de juez. En tal caso, debe dejar bien en claro su rol: el mediador no es juez ni puede aliarse con ninguna de las partes. El mediador ayuda a los clientes a aceptarle como alguien que:

- a) está comprometido con la negociación, no con persona alguna
- b) es equilibrado respecto de las personas participantes
- c) controla el proceso mientras pueda gestionar los contenidos traídos al mismo, por los clientes

- d) no acepta definiciones unilaterales del problema
- e) les ayuda a desarrollar opciones para resolver y
- f) no guarda secretos para con ninguno de los intervinientes.”⁴¹

Uno de los aspectos que cubre la llamada “mediación familiar” es el relativo al conflicto matrimonial. No es éste el lugar para elucidar si el divorcio es positivo para la pareja en crisis o no lo es.

Lo cierto es que en los últimos años se conjugaron una serie de situaciones en la vida moderna, que contribuyeron a modificar la estructura tradicional de la familia. En esta última el hombre tenía a su cargo la responsabilidad económica del hogar y era quién salía a buscar el sustento. La mujer, en cambio, se dedicaba al manejo doméstico de la casa, a la crianza y educación de los hijos. Incluso la falta de posibilidades económicas creaba una dependencia hacia el marido, que también influyó en el sometimiento a una convivencia a veces no deseada.

El fenómeno de la industrialización, las necesidades económicas, el cambio de comportamientos sociales, llevó a que la mujer saliera a la calle, se insertara en el mundo laboral y a que hubiera una flexibilización de los roles de los cónyuges dentro del matrimonio. Ello sumado a la introducción de ideologías que pusieron en crisis la indisolubilidad del vínculo matrimonial, trajo como consecuencia la apertura de ideas en cuestiones vinculadas al matrimonio, al sexo, e incluso al aborto.

Este fenómeno se produjo con mayor o menor rapidez en los distintos países. Y el nuestro no fue la excepción, ya no se considera que el divorcio atenta contra el cuerpo social, al destruirse la célula básica en que reposa.

⁴¹ HAYNES, John M., Fundamentos de la mediación Familiar – Manual práctico para mediadores, Gia Ediciones, Madrid, 1995, pag. 12.

Cuando el matrimonio está en crisis, las partes no aceptan resignadamente el destino que les tocó vivir y muchas veces quieren “reconstruir sus vidas”. No obstante, en esta etapa de la vida, la existencia de hijos, de sentimientos compartidos, dejan huellas difíciles de borrar en la historia personal de cada individuo.

Por ello, la nueva visión del matrimonio no quita la realidad de que el divorcio siga siendo una ruptura traumática en la vida del ser humano. Se ha dicho que el divorcio está considerado entre las primeras causas que generan mayor perturbación psicológica tanto para la pareja en disolución como para los hijos; que el dolor de la ruptura y la separación no puede obviarse o evitarse, pero seguramente puede mitigarse.

Frente a su generalización, el Derecho debe idear nuevos procedimientos que eviten mayores males a las partes, e incluso a los hijos, que sin ser responsables de la situación son también sus víctimas. Se ha visto que el divorcio necesario no es positivo para la familia, porque crea resentimientos, rencores y es una fuente generadora de nuevos pleitos. A los sufrimientos derivados de una mala convivencia, se suman los generados por el juicio.

También la ley faculta a presentar acuerdos sobre aspectos vinculados a la guarda y custodia, régimen de convivencia con los hijos, pensión alimenticia tanto para los cónyuges como para los hijos menores o incapaces, e incluso sobre los bienes de la sociedad conyugal.

La experiencia judicial ha demostrado que los divorcios contenciosos suelen generar nuevos conflictos entre las partes, eternizándose así los planteamientos. Esto pasa porque si el juez es quien decide sobre el régimen de visitas o sobre la guarda y custodia, el cónyuge que la obtiene se siente inclinado a restringirlas al otro. Y la respuesta es la privación de alimentos o un cuestionamiento sobre el ejercicio de la misma.

La mediación se muestra como un nuevo cauce para que las partes eviten el campo de batalla y logren solucionar, con la ayuda de un tercero neutral, todos aquellos aspectos que rodean la separación y el divorcio: guarda y custodia de menores, régimen de convivencia, alimentos, liquidación de los bienes de la sociedad conyugal, e incluso para que eviten una forma litigiosa de encarar la ruptura.

El mediador habrá de intervenir, a nuestro juicio como paso previo a que las partes presenten la demanda judicial, precisamente para lograr con su intervención que las partes lleguen a la justicia con la mayor cantidad de cuestiones resueltas y se eviten de este modo adoptar la postura adversarial, que desgasta a la familia y provoca mayores dolores a los hijos.

No hay dudas de que el divorcio, en su caso, lo decretará el juez, pero la mediación mitigará el dolor, las partes habrán sido las artífices de su propio acuerdo y asumirán la responsabilidad primaria que les corresponde en los aspectos más importantes de su vida: futuro de ellas mismas, de sus hijos y bienes.

Por ello la mediación familiar requiere la presencia de personas expertas en relaciones interpersonales, manejo de conflictos, conocimientos de la ley de familia, todo lo cual torna adecuado el trabajo interdisciplinario.

Los mediadores deberán contar con auxiliares sea que tengan o no el mismo rango. Pero la mediación no tenderá exclusivamente a guiar a las partes a un posible acuerdo, cualquiera que sea él. Ese acuerdo deberá ser el producto no sólo de la decisión momentánea, a veces influenciada por factores ajenos, como ser la falta de vivienda adecuada, de dinero para la manutención de los hijos. Habrá de tener bases sólidas y de futuro. Sólo así la mediación será una solución auspiciosa.

Para ello será necesario que la mediación familiar se delegue en quienes tengan una preparación específica. No nos referimos al entrenamiento genérico que se brinda a quien desee acceder a la matrícula de mediador, sino uno dirigido, especialmente a quienes se dediquen a tan difícil menester, a fin de que puedan penetrar dentro del mundo de “cada familia” con una predisposición particular, que incluye el aprendizaje de aspectos psicosociales, es decir, de todo aquello vinculado a las relaciones interpersonales, en particular, familiares. Si es así, creemos que la mediación brindará excelentes resultados.⁴²

PENAL

La mediación penal es el proceso formal en el que dos partes enfrentadas a causa de un determinado suceso (delito) deciden confrontar sus puntos de vista y buscar una solución libremente acordada a su conflicto, con la ayuda de un tercero que actúa desde una posición, en principio neutral.

⁴² DUPUIS, Juan Carlos, Op. Cit. pp.260 a 267.

Son las partes –víctima y victimario- las encargadas de encontrar una solución a su problema. La labor del mediador, que debe evitar hacer imposición alguna, se concentrará en poner en relación y acompañar a estas personas a encontrar esa solución.

La mediación desde ésta perspectiva, es considerada una medida de justicia restaurativa que parte de la toma de conciencia del acto delictivo por parte del autor, para dar un siguiente paso de responsabilización y reparación del daño causado, evitando además la estigmatización que puede resultar del procedimiento penal tradicional. Por otro lado, permite a la víctima participar activamente en el proceso: se le devuelve el conflicto ya que tiene la posibilidad de actuar por sí misma, y no representada por el Ministerio Público, quien en cierto modo, le arrebató el conflicto haciendo del mismo una cuestión supra- personal.

La mediación penal “.... Consiste en la participación voluntaria del imputado por un delito o falta y de la víctima o perjudicado, en un proceso de diálogo y comunicación, conducido por un mediador imparcial, con el objetivo fundamental de conseguir la reparación adecuada del daño causado y la solución del conflicto desde una perspectiva justa y equilibrada a los intereses de ambas partes.”⁴³

Se emplea para resolver disputas relacionadas con delitos menores en los que el Estado entiende que la solución podría pasar por un arreglo entre las partes cuando el ofensor no haya cometido un crimen que, por su naturaleza, deba de ser castigado con penas de privación de libertad.

Como ejemplo puede ser citado el numeral 1.8 del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México, establece textualmente lo siguiente: “Tratándose de conductas delictivas se admitirá la mediación y conciliación en los delitos perseguibles por querrela sin embargo, en los perseguibles de oficio, sólo el pago de la reparación del daño podrá sujetarse a mediación y conciliación”.

La mediación penal cumple con los objetivos de asegurar la primacía de la víctima y se agregan dos beneficios: el primero, que la mediación favorece lo que se conoce como prevención de integración, que es la perspectiva desde el agresor, que enfrentado a su víctima y al problema causado, podrá aceptar con mejor predisposición esta “vuelta”

⁴³ REYES Echandía, Alfonso, Diccionario de Derecho Penal, Editorial Themis, México 1995, pag. 372.

al ámbito de la legalidad y así se evitará, consecuentemente, la imposición de una condena, con todo lo que esto significa en cuanto a estigma y marginalización.

Y el otro que quizás para algunos sea el único, es que la introducción y utilización de la mediación penal tiende a hacer más eficiente el sistema, porque al ser una institución que está ubicada en el inicio del proceso, en realidad sustituye o acorta al procedimiento jurisdiccional, y según sea el sistema instaurado, en la decisión de no llevar adelante la acción penal si el conflicto se ha resuelto por autocomposición.

POR EL LUGAR DE APLICACIÓN

COMUNITARIA

La mediación comunitaria se orienta "... a la resolución de problemas de convivencia en el barrio, la colonia o el poblado. Se caracteriza porque no requiere la participación de mediadores expertos (aunque sí con un mínimo de capacitación), sino que comúnmente se trata de habitantes del lugar reconocidos por sus cualidades humanas y deseo de ayuda.

“Abundando teóricamente sobre la mediación comunitaria, encontramos que esta se refiere a los siguientes aspectos:

1.- Es la expresión de la idea general del ideal universal de acuerdo entre todos los seres humanos. Es la que se aplica en la comunidad, entendiendo por tal al grupo específico de personas que suelen convivir en un área geográfica delimitada, que comparten una cultura común, están organizadas en torno a una estructura social y muestran cierta conciencia de su identidad como grupo.

2.- Es el proceso que tiende a la resolución de conflictos que afectan la convivencia cotidiana: ruidos molestos, problemas con la basura, comportamiento agresivo de animales domésticos, relaciones entre consortes, pequeñas rencillas familiares,

transacciones insatisfactorias entre proveedores y receptores de servicios. Se trata de cuestiones menores pero que pueden perturbar a cualquiera e incluso, propiciar violencia futura”.⁴⁴

Como sabemos una comunidad es una agrupación o conjunto de personas que habitan un espacio geográfico delimitado y delimitable, cuyos miembros tienen conciencia de pertenencia o identificación con algún símbolo local y que interaccionan entre sí más intensamente que en otro contexto, operando en redes de comunicación, de intereses y apoyo mutuo, con el propósito de alcanzar determinados objetivos, satisfacer necesidades, resolver problemas o desempeñar funciones sociales relevantes en el ámbito local.

Dentro de los objetivos de la mediación comunitaria tenemos los siguientes:

- a) Mejorar la comunicación, la comprensión mutua y la empatía entre los miembros de la comunidad (individuos, entidades y asociaciones).
- b) Capacitar a aquellos miembros de las asociaciones de vecinos, de comerciantes u otros interesados en mejorar sus habilidades en negociación y resolución de conflictos.
- c) Ofrecer un espacio donde los miembros de la comunidad implicados en un conflicto o desacuerdo tengan la oportunidad de trabajar juntos en su resolución.
- d) Ofrecer información sobre recursos que permitirán a las partes en conflicto tomar sus propias decisiones y aplicar sus soluciones.

Dentro de las áreas de intervención que tiene la mediación comunitaria se encuentran las siguientes: la vecindad, el arrendador y el arrendatario, el comercio y el consumidor, las víctimas y los delincuentes y el medio ambiente entre otros.

Puede establecerse una red de canales para derivar estos conflictos a mediación a través de entes y organizaciones de los servicios comunitarios existentes.

ESCOLAR

⁴⁴ DUPUIS, Juan Carlos, Op. Cit. pag. 270.

El origen de la mediación escolar se remonta a la década de los años sesenta en los Estados Unidos, cuando diversos grupos religiosos y movimientos por la paz reconocieron la necesidad de enseñar a niños y jóvenes determinadas habilidades para la resolución de conflictos en forma no violenta, proceso que fue incorporado por los profesores en sus clases.

Hacia 1981 se fundó un movimiento denominado Educadores para la Responsabilidad Social, en el cual padres y educadores trataban de educar en la prevención de posibles conflictos nucleares. En el campo específicamente educativo surgió hacia 1984, NAMEC (Asociación Nacional de Mediación en Educación), agrupación que actualmente cuenta con más de mil afiliados, entre miembros del profesorado y de la dirección de centros de enseñanza primaria, secundaria y universitaria e instituciones educativas interesadas en trabajar con programas de resolución de conflictos. Este centro provee materiales para la mediación, publica boletines, realiza congresos, entre otros. A partir de allí aumentó el número de programas de mediación educativa y su práctica fue extendiéndose por todo el mundo.

La mediación es un sistema alternativo de solución de conflictos; es la intervención no forzada de una tercera persona imparcial que ayuda a personas de la comunidad escolar en conflicto a resolverlo o transformarlo por ellas mismas.

Tiene como principales objetivos: abordar los aspectos negativos y destructivos del conflicto y transformarlos eliminando la violencia y destructibilidad que habitualmente generan. Tiende también a convertir las situaciones conflictivas que se viven diariamente en clase de oportunidades de aprendizaje. A partir de la mediación escolar se puede facilitar a maestros unos contenidos que sirvan para trabajar el apartado de actitudes, valores y normas.

Así entonces la mediación escolar busca resolver de forma pacífica y mediante acuerdos, los conflictos que surgen en comunidades estudiantiles, ya sea entre alumnos y maestros o entre cualquier grupo de ellos. En el caso de la UNAM, por ejemplo, esta función la realiza la Defensoría de los Derechos Universitarios. La meta de la mediación escolar es el acuerdo entre profesores, estudiantes, padres y centros de enseñanza.

Por último consideramos oportuno citar que entre los asuntos que se tratan generalmente en la mediación escolar, se encuentran los siguientes:

- a) Relaciones entre centros educativos y profesores;
- b) Relaciones entre centros escolares y/o profesores con los padres de los alumnos;
- c) Relaciones entre alumnos y entre estos con los profesores, con sus padres y con el centro de enseñanza.

“POR EL MOMENTO DE APLICACIÓN

EXTRAPROCESAL

La mediación extraprocésal es aquella que se realiza fuera de un proceso judicial y no constituye una fase previa del mismo, ya que la ausencia de resultado positivo nos lleva irremediabilmente al planteamiento de una demanda.

PREPROCESAL

La mediación preprocesal se realiza como un paso necesario previo al acceso a los tribunales. En ocasiones se le sustituye por conciliación, ya que suele realizarse ante un organismo público.

INTRAPROCESAL

La mediación intraprocésal es la que se realiza dentro de un proceso judicial, dentro de la audiencia preliminar o despacho saneador, suele ser sustituida por la conciliación”.⁴⁵

⁴⁵ <http://www.pjedomex.gob.mx> consultada el 21 de septiembre de 2007.

CAPÍTULO 4

LA MEDIACIÓN, INSTRUMENTO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

4.1 LA MEDIACIÓN Y EL SISTEMA JUDICIAL

El texto vigente de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice:

“Artículo 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil”.⁴⁶

Del texto anterior se desprende que la violencia es sólo legítima cuando es aplicada por el propio Estado, pero no significa que estén prohibidas todas las formas de “autodefensa”, y puede darse la solución de un conflicto por una de las partes, claro que estas opciones están muy limitadas y eventualmente bajo el control y vigilancia del Estado ya que si no fuera así se convertirían en actos ilícitos.

En los pueblos primitivos era una costumbre vengar un agravio u ofensa directamente, las peleas podían llegar a ser tan graves y terminar en el homicidio de una familia completa. Es decir, si no se cuenta con una buena organización la violencia puede llegar a ser incontrolable, por eso es que con la formación del Estado se dan las instituciones encargadas de solucionar los conflictos y poner así el orden.

⁴⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial SISTA, 2007.

No obstante el principio constitucional de salvaguardar la seguridad jurídica de todos los mexicanos, existe lentitud de los juicios y por consiguiente un rezago (se inician en un período determinado más juicios de los que se pueden resolver), que se ha convertido en una plaga constante en los tribunales mexicanos. Si se quiere dar una solución a este problema, el Estado debe realizar una serie de cambios. Y no sólo se requiere la creación de nuevos juzgados y tribunales que se hagan cargo de manera eficiente del trabajo, además es indispensable hacer más simples los procedimientos, un ejemplo es a través de los juicios orales.

“El derecho a acudir a los tribunales se ha concebido tradicionalmente como un derecho individual. Sin embargo la tendencia a la socialización del derecho en el presente siglo le ha dado a esta facultad una proyección y un contenido sociales, porque se trata de lograr una justicia real y no sólo formal. Por ello, el derecho de acudir a la justicia, entendida ésta como un valor social que debe ser realizado.

El derecho del individuo de acceso a la jurisdicción se traduce en la obligación que tiene el Estado de llevar a cabo una buena administración de justicia como servicio público. Para ello debe crear tribunales y otros organismos de administración de justicia, cuyo acceso debe estar, en lo posible libre de obstáculos innecesarios.

En los últimos años ha aumentado considerablemente el interés en los llamados “formas alternativas de justicia”, como lo son la mediación, la conciliación, el arbitraje y la negociación. Estas pretenden resolver los conflictos de la vida social casi sin formalidades y de manera rápida y flexible. Es importante hacer notar que los beneficios que ofrecen estos “Medios Alternativos de Solución de Conflictos” acercan al individuo a una justicia realmente expedita, más acercada al concepto del texto vigente de la Constitución. Es así que se va dando su incorporación formal a nuestro sistema jurídico, y un ejemplo es la audiencia de conciliación en el proceso civil.

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece cinco garantías que sirven de fundamento a la administración de justicia en México”:⁴⁷

⁴⁷ OVALLE Favela José, Garantías Constitucionales del Proceso, 2ª Edición, UNAM, Editorial Oxford, México 2002, pp. 403 a 407.

- a) la prohibición de autotutela o de “hacerse justicia por propia mano”;
- b) El derecho a la tutela jurisdiccional;
- c) La abolición de las costas judiciales;
- d) La independencia judicial; y
- e) La prohibición de prisión por deudas de carácter civil.

a) La prohibición de autotutela o de “hacerse justicia por propia mano”; se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto y aún a veces los dos como en el duelo o en la guerra, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con el otro, mediante su acción directa, en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso.

La prohibición de autotutela está dirigida fundamentalmente a los poderes del Estado - a todos y no sólo al legislativo -, a los cuales impone el deber no prever, autorizar ni convalidar formas de solución de conflictos que impliquen facultar a alguna de las partes para hacerse justicia por sí misma, así como el deber de no aplicar directamente dichas formas de solución.

b) El derecho a la tutela jurisdiccional: significa que los poderes del Estado no pueden establecer condiciones que restrinjan o impidan el acceso a los tribunales. Cualquier disposición que tienda a impedir que se administre justicia de acuerdo con las prevenciones de la ley, importa una violación del artículo 17 Constitucional.

Además el mismo artículo reconoce expresamente el derecho fundamental que toda persona tiene para que se le administre justicia, precisa las condiciones básicas bajo las cuales los tribunales deben impartir la justicia: de manera pronta, completa e imparcial. La prontitud ha sido uno de los objetivos primordiales de numerosas reformas procesales, que lamentablemente no se ha podido alcanzar en forma satisfactoria. Esta condición impone al legislador el deber de regular procedimientos ágiles y sencillos. Que los tribunales emitan sus resoluciones de manera completa significa que las leyes deben otorgar a las partes las oportunidades procesales adecuadas para exponer todas sus pretensiones y excepciones, para ofrecer y aportar los medios de prueba que estimen necesarios, siempre que sean relevantes y pertinentes en relación con el litigio planteado; así como que dichas leyes impongan al juzgador el deber de resolver todas y cada una de esas pretensiones y excepciones. La imparcialidad es una condición esencial que deben satisfacer las personas (jueces, magistrados y ministros), que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, y consiste en el deber de ser ajenos o extraños a los intereses de las partes en litigio y de dirigir y resolver el proceso sin favorecer indebidamente a ninguna de ellas.

“El derecho a la tutela jurisdiccional es un derecho público subjetivo que toda persona tiene de acceder a los tribunales independientes e imparciales con el fin de plantear una pretensión o defenderse de ella, a través de un proceso justo y razonable, en el que se respeten los derechos que corresponden a las partes, así como para que dichos tribunales emitan una decisión jurisdiccional sobre la pretensión o la defensa y, en su oportunidad, ejecuten esa resolución.

El ejercicio de este derecho corresponde tanto al actor como al demandado, porque ambos tienen derecho a que se les administre justicia. Y este ejercicio se manifiesta en tres derechos fundamentales: el derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales, a un proceso justo y razonable y el derecho a que se ejecute lo resuelto por el tribunal. El primero no se limita a consignar la posibilidad meramente formal de acudir ante los tribunales, sino que implica, además, el deber del Estado de remover todos aquellos obstáculos materiales que impidan o dificulten el acceso efectivo de las personas a los tribunales.

c) La abolición de las costas judiciales: la impartición de justicia debe dejar una mercancía que se pone en venta por los tribunales y que compran los justiciables, para convertirse en un servicio que el Estado presta en forma completamente gratuita.

Esta garantía ha sido entendida como una prohibición para que los tribunales cobren contribuciones o contraprestaciones por los servicios que presten en el ejercicio de la función jurisdiccional, prohibición que no impide que se generen y cobren costas procesales y tampoco impide que las leyes procesales prevean que los juzgadores puedan condenar a la parte que resulte vencida o que haya actuado con temeridad o mala fe, al pago de las costas procesales erogadas por la contraparte.

d) La independencia judicial: la entendemos como el orden institucional que permite a los juzgadores emitir sus decisiones conforme a su propia certeza de los hechos y de acuerdo con el derecho que estimen aplicable al caso concreto, sin tener que acatar o someterse a las indicaciones o sugerencias provenientes de sus superiores jerárquicos ni de los otros poderes.

Esto no significa impunidad de los juzgadores por las infracciones que cometan en ejercicio de la función, por lo que esta independencia judicial requiere como necesario contrapeso un eficaz sistema de responsabilidades, para que el juzgador ejerza su independencia dentro del ordenamiento jurídico, de tal modo que si no lo hace así, debe sujetarse a los procedimientos a través de los cuales se determine si incurrió en responsabilidad disciplinaria, civil o penal.

e) La prohibición de prisión por deudas de carácter civil: durante mucho tiempo, la prisión por deudas civiles fue un procedimiento de apremio, consistente en la privación de la libertad del deudor, que se utilizó para obtener la ejecución de sentencias que condenaban al cumplimiento de obligaciones civiles. En épocas anteriores la palabra civil no tenía el significado restringido a lo exclusivamente “civil patrimonial” que ahora se le atribuye, es decir comprendía ampliamente todo lo que no tuviera como fuente de un delito.

Para el cumplimiento de estas obligaciones no penales el legislador debe establecer procedimientos de ejecución de sentencias que recaigan sobre los bienes del deudor, pero no sobre su persona, procedimientos de ejecución real y no personal.

La administración de justicia es una parte fundamental del sistema jurídico y es a través de ella que se va a intentar dar solución a los conflictos de relevancia jurídica mediante la interpretación y aplicación de los criterios y de las pautas contenidas en las leyes y demás disposiciones generales”.⁴⁸

⁴⁸ OVALLE Favela José, Op. Cit. pag. 187.

La función jurisdiccional, sin embargo se ha transformado en uno de los servicios públicos esenciales del Estado contemporáneo; de una actividad puramente técnica de resolución de conflictos jurídicos ha devenido en una función que también tiene un sentido político en tanto, al menos los tribunales de mayor jerarquía pueden intervenir en la toma de decisiones de carácter fundamental para el Estado. Incluso se ha reflexionado que ante el debilitamiento progresivo de las asambleas legislativas frente al predominio del ejecutivo, la limitación de ese predominio descansa hoy día en los tribunales.

Una de las razones por las que el hombre acepta vivir en sociedad y otorgar a un grupo de personas el gobierno común es el obtener la protección de sus derechos mediante un adecuado sistema de impartición de justicia. Esta función estatal no puede ser olvidada y ningún Estado moderno aceptaría renunciar a dicha obligación.

Siendo la impartición de justicia un servicio público de suma importancia, se ha establecido como una garantía individual el acceso a la misma, así como todo un cuerpo especializado cuya función se considera tan importante que ha dado lugar al nacimiento de un auténtico “poder” en la clásica división tripartita: el Poder Judicial.

Visto desde el primer aspecto, el acceso a la justicia es una garantía consagrada en el artículo 17 Constitucional, implica entre otras las siguientes garantías de las partes:

Libre acceso a la justicia: Todas las personas pueden acceder a la impartición de justicia sin limitante alguna por causa de sexo, nacionalidad, raza, credo o posición económica.

Expeditas y plazo legal: La justicia debe impartirse en los plazos legales, sin caer en dilaciones que afecten a las partes.

Gratuidad: No existen en México las costas judiciales, por prohibición de nuestra Carta Magna.

Aún cuando en nuestro sistema jurídico es acceso a los tribunales es gratuito, esta declaración constitucional no basta para permitir a un gran número de personas llevar sus pleitos ante un juzgador.

El libre acceso a la justicia encuentra barreras de muy diversa índole. En primer lugar, el costo de la asistencia letrada; en segundo, los costos mismos del proceso (copias, peritos, entre otros), y algunas situaciones diversas que hacen más complicado el acceso a los tribunales, como la lejanía geográfica y la falta de recursos para transportarse constantemente del domicilio al domicilio de los juzgados entre otros.

Cuando ambos litigantes son personas de escasos recursos, sin duda alguna la mediación y la conciliación resultan procedimientos idóneos, dado que permiten a las partes, en poco tiempo, sin requerir de abogados ni pagar los gastos de un proceso, resolver su controversia de forma acordada y pacífica.

El problema del acceso a la justicia es uno de los temas que han tomado mayor relieve en el estudio del Derecho Procesal.

Siendo imposible que se instauren centros de medios alternativos en todas las zonas o colonias con alta marginación, la existencia de dichos centros en, al menos las cabeceras de los distritos judiciales, permitiría acercar a la justicia a los grupos débiles, ya que, como se ha dicho, el costo y el tiempo que invertirían en resolver sus conflictos serían menores.

Aún en el caso de que haya desnivel económico, social o cultural entre las partes, la mediación y conciliación resultan aconsejables, pues el mediador o conciliador no pueden ser meros espectadores de un torneo desigual, sino que deben utilizar diversas herramientas para equilibrar las posiciones. Por ello es tan importante su capacitación ya que no basta con improvisar abogados o psicólogos sin una preparación previa en las técnicas de mediación y conciliación.

De primera vista podemos excluir al arbitraje, ya que al ser realizada por un funcionario del poder judicial se convertiría prácticamente en ejercicio de la jurisdicción. Esto no sucedería en el caso de la mediación y la conciliación, porque el tercero que interviene en ellos no decide.

A menor carga de trabajo en los juzgados, por lógica, mejor administración de tiempo, que se refleja en una mayor calidad de la actividad jurisdiccional, además esto se manifiesta en una mejor optimización de los recursos económicos y materiales.

La operación de los medios alternativos por parte de los poderes judiciales, puede verse inscrita en un sistema donde participen primordialmente la sociedad organizada y los gobiernos municipales, pero es la judicatura la primera interesada en canalizar de forma eficaz y efectiva la resolución de los litigios, labor que le corresponde directamente. Además respecto de los centros operadores de medios alternativos ya sean municipales, sociales o privados, pueden fungir como coordinadores de esfuerzos, sobre todo en cuanto a capacitación.

Es evidente que los medios alternativos no buscan sustituir a la jurisdicción, sino permitir a los ciudadanos contar con una forma distinta, que se acomoda mejor a cierto tipo de litigios y que, además, permite un respiro al Poder Judicial respecto al aumento incesante de la carga de trabajo.

Además se trata de atacar al problema de fondo, dado que la mediación y la conciliación cumplen la importante función de enseñar a los ciudadanos las bondades de la convivencia social y del diálogo como efectivo solucionador de problemas. Empíricamente podemos suponer que un ciudadano que resolvió un problema en poco tiempo, de una manera efectiva y satisfactoria, mediante el uso de un medio alternativo, no sólo lo va a recomendar con sus allegados, sino que, en caso de tener un nuevo litigio, sabrá que no es el proceso judicial el único modo de resolverlo.

Es imprescindible que la impartición de justicia se haga accesible a todas las comunidades, pues es sumamente costoso e imposible que los pobladores de muchos municipios puedan acceder a ella por el costo que esto representa para estas clases muchas veces desprotegidas como son los campesinos, obreros o bien los desempleados, pues lo anterior implica gastos como traslados constantes para realizar trámites.

Con lo anterior, se pretende tener una vía alternativa de solución de controversias de manera extrajudicial, ya que en un número considerable de delitos patrimoniales la víctima no está interesada en que quien la dañó vaya a la cárcel, sino en recuperar lo perdido, además de que entre la población más desprotegida se presentan casos de adeudos, arrendamientos, cuestiones de tipo familiar y vecinales que pueden resolverse en una instancia inmediata en la propia comunidad con instrumentos jurídicos proporcionados por la ley.

No siempre debe constituirse al poder público en juez de estos casos, sino más bien facilitar el arreglo entre los particulares o se exploren mecanismos de compensación más eficaces que los que hoy día prevé nuestra legislación.

4.2 LA MEDIACIÓN EN EL ESTADO DE MÉXICO

Cuando nos referimos a los conflictos aludimos a una serie de problemas que se manifiestan en las relaciones humanas, que pueden ir desde situaciones que se hacen con cierta rapidez, hasta situaciones complejas que derivan en complicaciones, antagonismos, dilemas y hasta tragedias familiares o amistosas, cuyas alternativas de solución requieren la consulta o intervención de terceros que aporten elementos o instrumentos eficaces para la superación del conflicto

Por lo que la mediación en conjunto con la conciliación debe constituirse en nuestro sistema jurídico como mecanismos diferentes y externos al proceso propiamente judicial, teniendo como objetivos aliviar al Poder Judicial de la pesada carga procesal que soporta, razón por la cual la mediación y la conciliación se erigirían como filtros que eviten que todos los conflictos lleguen al órgano jurisdiccional, procurando que exclusivamente aquellas controversias que así lo requieran por su complejidad o por los bienes jurídicos que estén de por medio, sean conocidos por el Poder Judicial.

Se puede determinar que es menester la incorporación de la mediación y la conciliación dentro de nuestros ordenamientos jurídicos, ya que su inclusión hará reducir la carga procesal excesiva que hace que el Poder Judicial descuide asuntos de mayor importancia y que no administre justicia de manera adecuada, oportuna y eficiente. Aliviarlo de esta carga podría ayudar, en alguna manera a que ese órgano pueda dedicarse a sus tares primordiales de mejor manera, con los correspondientes réditos a favor de su propia imagen.

La figura de la mediación y conciliación se encuentra contemplada en varios ordenamientos jurídicos del Estado de México los cuales a continuación desglosaremos:

Encontramos en varios ordenamientos legales del Estado de México distintas disposiciones que hacen referencia tanto a la mediación como a la conciliación por lo cual hemos decidido señalarlos y analizarlos en cada uno de sus artículos a continuación.

“El Código de Procedimientos Penales del Estado de México, en su artículo 98, primer párrafo señala que toda persona que tenga conocimiento de la comisión de hechos posiblemente constitutivos de un delito perseguible de oficio está obligada a denunciarlos de inmediato al Ministerio Público. Sin embargo el artículo 99 en su fracción VI exime de esta obligación a los mediadores o conciliadores, que conocieren de los hechos constitutivos de delito durante el proceso de mediación o conciliación en que hubieren intervenido.

Asimismo el artículo 162 del mismo ordenamiento legal indica en su fracción VII que en todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a solicitar los servicios del Centrote Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México.

Ahora bien el artículo 185 del Código Adjetivo en comento, establece que dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, tratándose de delitos perseguibles por querrela, los tribunales podrán remitir a las partes al Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México hasta antes de dictarse la sentencia ejecutoria, previo consentimiento que deberá constar en forma fehaciente, con objeto de que intenten avenir sus intereses.

En el mismo precepto legal se indica que en caso de allegarse a algún acuerdo se remitirá este al juez del conocimiento para los efectos a que se refiere el artículo 91 del Código Penal, de lo contrario se continuará con el procedimiento judicial, por lo que respecta a los delitos perseguibles de oficio, sólo el pago de la reparación del daño podrá sujetarse a la mediación o conciliación.

El artículo 387 del ordenamiento legal que se analiza en su fracción III regula que una vez iniciado el procedimiento judicial, este podrá suspenderse cuando tratándose de delitos perseguibles por querrela, el procesado y la víctima o el ofendido por algún otro delito, hayan consentido acudir al Centro de Medicación y Conciliación del Poder Judicial para intentar algún acuerdo.

El artículo 423 del multicitado Código, señala que el órgano jurisdiccional que hubiere conocido la primera instancia dictará las disposiciones necesarias para la ejecución de la sentencia, pudiéndose recomendar la mediación y conciliación como medio para restaurar las relaciones humanas y sociales afectadas por el delito.

Nuestra legislación penal ha contemplado incluir a la mediación y conciliación como una herramienta más, la que se puede utilizar en el reestablecimiento de las relaciones humanas, ya que el objetivo es no tener un sistema de justicia represivo, siendo que el castigo como pena no da la solución al conflicto, en virtud de que su origen no es tratado y el delito es sólo la punta del iceberg.

La mediación y conciliación en materia penal da tratamiento al conflicto más no al delito, que es ya una conducta tipificada, por tanto se contempla dejar en libertad a las partes al negociar sobre delitos de querrela más no así los de oficio, donde existe un interés de la sociedad en su prosecución, quedando únicamente la opción de negociar sobre la reparación del daño.

El principal rival de los métodos alternos para la resolución de conflictos en el mundo no son los representantes del Poder Judicial, ni los juristas, ni los abogados que forman parte del método tradicional con el que actualmente intentamos resolver nuestros conflictos. El principal rival es la ignorancia de las ventajas de la mediación y conciliación”⁴⁹.

“El artículo 1.231 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México en su fracción IV establece que un proceso civil se suspende cuando las partes han consentido en acudir al Centro de Mediación y Conciliación para intentar algún avenimiento que ponga fin al asunto.

El numeral 2.157 párrafo segundo de dicho ordenamiento indica que procede la vía de apremio en la ejecución de convenios aprobados por la Procuraduría Federal del Consumidor, en la ejecución de laudos emitidos por dicha procuraduría y en la ejecución de convenios celebrados en el Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México.

⁴⁹ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, editorial SISTA, 2007.

Por su parte el artículo 2.160 párrafo segundo de citado Código instituye que la ejecución de los convenios celebrados en el centro de mediación del Poder Judicial del Estado de México, se hará por el juez designado por las partes en el convenio o en su defecto por el del lugar donde se llevó a cabo.

Las controversias jurídicas entre los particulares podrán resolverse a través de la conciliación o de la mediación como medios alternativos a la vía jurisdiccional, según lo establecido por el artículo 2.307 del Código que se analiza. En el mismo numeral se menciona que los tribunales podrán remitir a los particulares al Centro de Mediación y Conciliación, previo su consentimiento, que deberá constar en forma fehaciente.

Los plazos y procedimientos que regirán estos medios alternativos a la vía jurisdiccional, se regularán de acuerdo al reglamento respectivo (artículo 2.308 del Código de Procedimientos Civiles vigente en la entidad).

El ordenamiento legal que nos ocupa, recata la libertad de las personas para negociar directamente la solución de su conflicto, planteando dos escenarios distintos, por un lado los servicios que presta el Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México y por otra parte la vía jurisdiccional contemplada en la legislación; por tanto la mediación y conciliación pueden llevarse a cabo antes, durante o después de un procedimiento judicial siendo posible que las partes que intervienen en un juicio puedan solicitar la suspensión del procedimiento , en caso de llegar a un acuerdo en el Centro de Mediación y Conciliación, este remitirá al juez que haya conocido del juicio, el convenio correspondiente para que surta sus efectos legales y de no existir solución al problema en la vía pacífica las partes podrán regresar a continuar el juicio en la etapa que se quedaron.”⁵⁰

“Por lo que hace a la mediación y conciliación la Ley para la Prevención de la Violencia Familiar en el Estado de México contempla en su capítulo II, llamado “Del procedimiento de conciliación”, específicamente los artículos 27 y 34 de los que se hablará a continuación.

El numeral 27 de la Ley en comento regula que los convenios que den por concluido el procedimiento serán vinculatorios y exigibles para las partes; por lo cual serán enviados al Centro de Mediación y Judicial a efecto de que se eleven a la categoría de cosa juzgada.

⁵⁰ Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, editorial SISTA, 2007.

Por su parte el artículo 34 establece que previo al inicio de la audiencia, la autoridad que tramite el procedimiento hará saber a las partes de la existencia del procedimiento regulado por el título Décimo del Libro Cuarto del Código Civil del Estado de México, del procedimiento ante el Centro de Mediación y Conciliación del Tribunal Superior de Justicia, así como del procedimiento establecido en la presente ley, explicándoles su alcance y contenido, a efecto de que elijan el procedimiento que convenga a sus intereses.

Si bien es cierto este ordenamiento legal obliga al Sistema para el Desarrollo Integral de la familia del Estado de México, los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia y las autoridades tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas, en el ámbito de su competencia, para informar a los particulares sobre la existencia de los métodos alternativos de solución de conflictos, quienes decidirán si optan por la utilización de tales métodos a través de los servicios que presta el Tribunal Superior de Justicia del Estado de México u optan por el procedimiento conciliatorio ante las instituciones mencionadas, quienes según el artículo 27 de la Ley en comento regula que los convenios que den por concluido el procedimiento serán vinculatorios y exigibles para las partes por lo cual serán enviados al Centro de Mediación Judicial a efecto de que se eleven a la categoría de cosa juzgada.”⁵¹

“La Ley que Regula la Propiedad en Condominio en el Estado de México también hace mención en varios de sus artículos al procedimiento arbitral, así como a los Centros de Mediación y Conciliación.

El título Tercero denominado “De la Mediación y Conciliación”, lo comprenden sus artículos 57 fracción IV, 59, 60,61, que a continuación se mencionan.

El artículo 57 fracción IV de la ley en mención hace alusión a que el procedimiento arbitral terminará por convenio celebrado vía mediación judicial o ante las mesas calificadoras y conciliadoras municipales.

⁵¹ Ley para la Prevención de la violencia Familiar en el Estado de México, editorial Pac. Com., México 2007.

El numeral 59 de la Ley establece que el Síndico Municipal hasta antes de emitir sus laudos, podrá remitir a las partes al Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado, previo el consentimiento de éstas que conste de manera fehaciente.

El numeral 60 de dicha Ley dice que la mediación o conciliación tiene el carácter de voluntaria y suspende el procedimiento de arbitraje, previsto en el título segundo de la presente Ley hasta por sesenta días hábiles.

Finalmente el artículo 61 señala que los convenios suscritos en vía de mediación o conciliación, gozarán de las características que la misma Ley les envista.

Lo que hacen los Ayuntamientos ante la presencia de un conflicto condominal es hablar con las partes, dejan que estas expongan sus puntos de vista, les preguntan si quieren llegar a un acuerdo conciliatorio y si no es así continúan con el procedimiento hasta emitir su laudo. El problema aquí, es que muchos de los síndicos municipales desconocen el método alternativo, y por lo tanto no remiten a las partes a uno de los Centros de Mediación y Conciliación para que estos puedan dar solución de raíz a su problema y evitar que el resultado tenga que ser un forzoso ganar – perder y sin comprobar primero que el origen de sus diferencias pudo haber sido una equivocación, a veces involuntaria, que se puede corregir después de dialogar como se debe.”⁵²

“En cuanto a la Ley del Notariado del Estado de México, la mediación de igual forma se ve comprendida en el Título Cuarto, Capítulo Segundo nombrado “Del Arbitraje y la Mediación Notarial”, en sus numerales 129 y 130, mismos que a continuación se mencionan.

El artículo 129 de la Ley del Notariado del Estado de México refiere que los notarios podrán desempeñar funciones de árbitro o de mediador y conocerán de los asuntos que les soliciten los interesados conforme a los compromisos respectivos, observando para su trámite las formas y restricciones que fije el Código de Procedimientos Civiles del estado de México, el Código de Comercio y otras leyes.

⁵² Ley que Regula el Régimen de Propiedad en Condominio en el Estado de México, editorial Pac. Com., México 2007.

Por su parte el numeral 130 de la misma ley en comento, establece que el colegio coordinará a los notarios que desempeñen la función de árbitro o mediador en términos de las disposiciones del reglamento.

Respecto a la mediación, esta Ley no es muy clara, pues no explica que asuntos podrán mediar los notarios, remitiéndonos al Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, al Código de Comercio y otras leyes sin especificar cuales, asimismo tampoco determina en que forma el colegio coordinará a los notarios que vayan a mediar algún asunto, así como tampoco se habla de la existencia de algún convenio en el que quede asentado lo que fue motivo de la mediación.

Por otra parte en la práctica el personal que presta sus servicios en las notarías no tienen los conocimientos necesarios para llevar a cabo la mediación como método de solución alternativa, siendo un grave problema la poca difusión respecto a la existencia de dicho método, aunado a la omisión de las autoridades respectivas de impartir los cursos básicos para la práctica de la misma.”⁵³

“Tenemos que el Título V de la Ley Orgánica Municipal del Estado de México denominado “De la Función Mediadora Conciliadora y de la Calificadora de los Ayuntamientos” se enuncian los siguientes artículos:

El artículo 148 de dicha Ley establece que en cada municipio el Ayuntamiento designará, a propuesta del presidente municipal, al menos un Oficial Conciliador con sede en la cabecera municipal, y en las poblaciones que el Ayuntamiento determine en cada caso, quienes tendrán las atribuciones a las que refiere el artículo 150 que más adelante analizaremos.

Asimismo podrá nombrar a los Oficiales Mediadores Conciliadores en materia comunitaria que se requiera, los cuales duraran en su cargo tres años con la posibilidad de ser nombrados para otros periodos. La forma de concluir la mediación y conciliación será por convenios suscritos o por acuerdo de las Oficialías en caso de advertir simulación en el trámite.

⁵³ Ley del Notariado del Estado de México, editorial Pac. Com., México 2007.

El artículo 150 señala: Son facultades y obligaciones de:

1.- Los Oficiales Mediadores- Conciliadores:

- a) Evaluar las solicitudes de los interesados con el fin de determinar el medio alternativo idóneo para el tratamiento del asunto de que se trate;
- b) Implementar y substanciar procedimientos de mediación o conciliación vecinal, comunitaria, familiar, escolar, social, o política en su municipio, en todos los casos en que serán requeridos por la ciudadanía o por las autoridades municipales
- c) Cambiar el medio alterno de solución de controversias, cuando de acuerdo con los participantes resulte conveniente emplear uno distinto al inicialmente elegido;
- d) Llevar por lo menos un libro de registro de expedientes de mediación o conciliación;
- e) Redactar, revisar y en su caso aprobar los acuerdos o convenios a que lleguen los participantes a través de la mediación o de la conciliación, los cuales deberán ser firmados por ellos y autorizados por el Oficial Mediador – Conciliador;
- f) Negar el servicio en las materias que son competencia del Poder Judicial del Estado de México, o en donde se pueda perjudicar a la hacienda pública, a las autoridades municipales o a terceros;
- g) Dar por concluido el procedimiento de mediación o conciliación en caso de advertir alguna simulación en su trámite;

- h) Asistir a los cursos anuales de actualización y aprobar los exámenes anuales en materia de mediación y conciliación; y
- i) Recibir asesoría del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México.

Artículo 151.- No pueden los Oficiales Conciliadores y Calificadores;

1.- Girar órdenes de aprehensión

II.- Imponer sanción alguna que no esté expresamente señalada en el bando municipal

III.- Juzgar asuntos de carácter civil e imponer sanciones de carácter penal

IV.- Ordenar la detención que sea competencia de otras autoridades.

Ahora bien el numeral 152 de la Ley en estudio refiere que para el debido cumplimiento de las atribuciones que en éste capítulo se previenen, cada Ayuntamiento determinará la forma de organización y funcionamiento de las Oficialías Conciliadoras y Calificadoras de su municipio.

Actualmente pocos Ayuntamientos en el Estado de México están utilizando las facultades que le otorga esta Ley, ya que no han creado sus Oficialías Mediadoras Conciliadoras y se han limitado a las Oficialías Calificadoras de los mismos a canalizar a los particulares a los diferentes Centros de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México que existen, desligándose por así decirlo de sus obligaciones.

También tenemos la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de México en sus numerales 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186 los cuales ya han sido analizados en el capítulo tercero del presente trabajo.”⁵⁴

4.3 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL PROCESO DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN

Se mencionan una gran cantidad de aspectos positivos o ventajas de la mediación y conciliación, pero el más importante es el de reafirmar entre los participantes su capacidad de solucionar otros conflictos futuros con base en el empuje del diálogo como instrumento de paz.

Una de las más atractivas ventajas de esta vía alterna de solución de conflictos es que se ahorra dinero ya que es un servicio gratuito que no implica gasto alguno como en un procedimiento judicial.

La mediación y conciliación es privada, esta ventaja es muy apreciada por los participantes, sobre todo cuando se trata de conflictos de orden familiar, en donde es mejor dirimir los conflictos en forma particular, pues nadie se entera de lo que se ha dicho o resuelto, ya que todo lo que se expresa no se da a conocer a persona alguna.

Estos métodos alternos son una oportunidad de establecer la comunicación entre las personas en conflicto, pues ellos participan activamente en el proceso. El acuerdo es alcanzado por las mismas partes con asistencia de un mediador, y en esa medida los acuerdos son satisfactorios para todos y de esta forma ambas partes tendrán más ganas de cumplir el acuerdo al que llegaron.

Por otra parte promueve el protagonismo de las partes involucradas, ya que son ellos mismos los que intervienen en la resolución de sus propios intereses, sin delegar el control y solución del mismo en un tercero.

⁵⁴ Ley Orgánica Municipal del Estado de México, Gaceta de Gobierno del Estado de México, 2002.

En la mediación y conciliación si hay un acuerdo, en consecuencia de la voluntad de las partes, por lo que implica siempre una verdadera solución al problema planteado, en consecuencia, los acuerdos obtenidos tienen mayor probabilidad de ser cumplidos, y permite a las personas involucradas en un conflicto, que una vez superado el mismo, puede mantener y aún mejorar las relaciones entre ambas.

“Esta vía alterna es efectiva, ya que a diferencia de las sentencias de los jueces que deben hacerse cumplir mediante procedimientos judiciales de ejecución forzosa, los acuerdos alcanzados en donde se practica la mediación se cumplen voluntariamente en un altísimo porcentaje.

Otra de las primacías de la mediación y conciliación es, que es voluntaria, ya que las partes acuerdan encontrarse en mediación con el mediador para desarrollar las posibles alternativas y trabajar para la solución del conflicto, y es neutral, ya que el mediador no toma partido por ninguno de los participantes.

En dicho proceso se utiliza un lenguaje sencillo, es flexible, de modo tal que permite adecuarse a las circunstancias y a las personas; trata de mantener las relaciones entre los mediados, en lugar de destruirlas; permite encontrar soluciones basadas en el bien común.

La confidencialidad es uno de los aspectos más benéficos e importantes de la mediación y conciliación ya que los mediadores deben tener absoluta seguridad de que el mediador es confiable, porque en el procedimiento de la mediación tanto en entrevistas generales como en las individuales, los mediados pueden decir o mostrar documentación que el mediador no deberá revelar, tampoco puede ser testigo ni abogado de ninguna de las partes.

De igual forma una de las ventajas es que contribuye a preservar las relaciones familiares y comunitarias. Manteniendo dichas relaciones en lugar de destruirlas, asimismo protege a terceros en el proceso de la mediación.

Por otra parte ofrece un entorno cuidado y un clima adecuado para el tratamiento de los intereses y conflictos ofreciendo a las partes la oportunidad de “trabajar” en una solución más creativa y realista, siempre y cuando no esté en contra de lo establecido por la ley, pues se lleva a cabo en un lugar y un ambiente preparado para platicar y negociar con las personas con las que se tiene un problema.

Como otro de los beneficios que ofrece es, que es mucho más ágil, ya que no hay trámites, términos o reglas rígidas como en un procedimiento judicial, las personas involucradas, de común acuerdo, deciden como se desarrolla, por lo que al ser un procedimiento menos formal la mediación ofrece resultados más rápidos que cuando la disputa es tramitada ante los tribunales.

La mediación no culmina en la obtención de una solución impuesta por el mediador, sino en un acuerdo negociado por las partes según su propio criterio y con la ayuda del mediador. Todo depende de los interesados que son en todo momento los protagonistas de la mediación.

El esquema judicial tradicional hace prácticamente imposible que aquellos que en su día tuvieron una confrontación como adversarios en la sala de un juzgado, conversen luego sus relaciones, la mediación como proceso de comunicación entre las partes, orientadas hacia la búsqueda de una solución compartida, evita que la relación se destruya.

A diferencia de los estrechos límites dentro de los que puede moverse una resolución judicial, las decisiones que dentro de un proceso de mediación y conciliación, toman conjuntamente las partes afectadas, puede adaptarse a la medida de las necesidades de cada uno de ellos, satisfaciendo sus intereses reales, con fórmulas originales y creativas.

En la práctica se ha demostrado que las personas que llegan a un acuerdo por sí mismas son más propensas a cumplirlo que cuando un tercero ajeno al conflicto (juez) les dice – o les impone – lo que tienen que hacer. También están mejor dispuestas a “renegociar” sus acuerdos, cuando las circunstancias cambian.

En nuestra sociedad, al ingresar en el sistema judicial tradicional, las partes en conflicto pierden su control sobre el mismo que pasa a tomar “vida propia”.

En la realidad el conflicto se distorsiona, pasando junto con su posible solución a manos de terceros ajenos al conflicto con lo cual se pierden los intereses genuinos de las personas involucradas.

Por el contrario, en el proceso de mediación las partes conservan el poder de comunicar sobre el conflicto que les afecta, el mediador no tiene facultad decisoria. Su función consiste en manejar el proceso facilitando la comunicación entre las partes a fin de que sean los propios interesados quienes arriben a una solución equitativa, pacífica y justa.

Si a las partes en disputa les preocupa el tiempo, dinero y energía que invertirán en resolver su problema, la mediación puede ser el método más adecuado en comparación con otros pues como ya se dijo el servicio es gratuito y rápido.

El objetivo es impulsar un acercamiento entre las personas envueltas en un conflicto, ayudarlas a clarificar e identificar los intereses, y a que desemboquen en un acuerdo satisfactorio sin necesidad de recurrir a los tribunales de justicia.

En conclusión, son bastantes las ventajas que ofrece la mediación y conciliación, pues su propósito es lograr un acuerdo rápido y sin los costos en tiempo, dinero y esfuerzo que llevaría un proceso judicial, pues todos sabemos que en el sistema judicial tradicional, incluso las cosas más simples pueden demorar años en ser resueltos. La mediación es una instancia voluntaria a la que se puede acudir solo o con sus abogados, constituye un proceso de absoluta confidencialidad, por lo que es ideal para aquellos casos en los que las partes involucradas, por determinada razón no desean que el conflicto trascienda frente a terceros o frente a la opinión pública. Por otra parte la información que se maneja en este proceso no puede ser presentada en juicios posteriores.⁵⁵

Por otra parte tenemos que si bien es cierto el proceso de la mediación y conciliación cuenta con muchas ventajas, también nos encontramos con algunas desventajas, que a continuación se mencionan:

La mediación y conciliación posee la desventaja que no en todos los casos es procedente. Habrá casos en los cuales las condiciones ameriten de forma inevitable que

⁵⁵ [Hhttp://www.tsjdf.gob.mx/justiciaalternativa](http://www.tsjdf.gob.mx/justiciaalternativa), consultada el día 30 de septiembre de 2007.

sea atendida por un juzgador. Ejemplo de ello, en materia penal, los delitos calificados como graves o bien en los cuales la sociedad posee un interés particular.

Los asuntos que se refieran a cuestiones trascendentales por la materia del conflicto, como por ejemplo una violación a garantías individuales, interpretación de algún precepto legal.

La solución que sea tomada en el ejercicio de la mediación o conciliación no posee fuerza vinculatoria, es decir, no existe forma de hacer valer de forma coactiva la decisión tomada en ella. El mediador como no tiene el carácter de autoridad, carece de medios coactivos por medio de los cuales obligue al cumplimiento de la solución tomada, pues en todo caso cuando se incumpla el convenio se procederá a su ejecución en la vía de apremio ante el juez competente, conforme al Código de Procedimientos Civiles. Las obligaciones de contenido ético y moral debido a su naturaleza no podrán hacerse cumplir.

No se puede obligar a las partes a someterse a un procedimiento de mediación. Debido a que este ejercicio es voluntario, forzosamente se requiere que las partes tomen en común el acuerdo de someterse a este tipo de medio alternativo de justicia. Bastaría pues que una de las partes no desee llevar su asunto a un mediador, para que la mediación no pueda darse. Es indispensable la voluntad de las partes en conflicto.

Como hemos visto son muy pocas las desventajas del método de solución de conflictos, sin embargo el problema actual en México es que no existe una cultura de los medios alternativos de solución de conflictos. Al día de hoy existen muchas personas, incluso abogados que desconocen que en ciertos estados aún en los suyos existen formas novedosas de solucionar lo que convencional y por inercia, es sometido a un juzgador.

Debemos dejar en claro que la mediación es un forma de coadyuvar con la impartición de justicia que deberá dar resultados si es llevada en forma correcta. Es por eso que se necesita mayor difusión del método alternativo de mediación y conciliación, situación que en la práctica no se ha dado.

4.4 LA MEDIACIÓN EN EL DISTRITO FEDERAL

“En el Distrito Federal el Centro de Justicia Alternativa representa la oportunidad que tienen los ciudadanos de solucionar sus conflictos a través de métodos no contenciosos, capaces de alternar y coexistir con la vía jurisdiccional, como lo es el caso de la mediación.

Dicho Centro inició sus funciones en forma experimental, por lo que para captar asuntos susceptibles de ser mediados e iniciar sus servicios, en un principio se optó por allegarlos de forma controlada, por lo cual se recurrió previamente a la celebración de convenios con otras instituciones y dependencias que, por la naturaleza de sus funciones estaban en aptitud de derivarlos al Centro de Justicia Alternativa y posteriormente se abrió al público el servicio de mediación.

A partir del primero de septiembre de 2003 se inicia el servicio de mediación familiar y con ello la incorporación de una nueva vía opcional para la solución de las controversias entre los miembros de la familia, se supera la etapa de respuesta única y sistemática del juicio, las sentencias, al incorporar la mediación a la función estatal de administrar justicia, ingresando así la mediación al ámbito judicial de la Ciudad de México e instalándose la mediación judicial como vía colateral de solución de conflictos, que coexiste en la misma sede con la vía jurisdiccional, abriéndose en el ámbito de los tribunales un espacio más para la solución privada de las controversias a través del convenio entre particulares y en convivencia con la solución pública que es la sentencia.

El servicio de la mediación familiar que proporciona el Centro de Justicia Alternativa es público y gratuito, con una nueva mística que se sustenta en el respeto a la autodeterminación de las personas y que reivindica su dignidad, toda vez que se trata de un procedimiento voluntario por el cual los miembros de la familia en conflicto, con la ayuda de un mediador experto en técnicas de la comunicación y la negociación, pueden resolver sus controversias por sí mismos.

Para acabar con la cultura de la violencia en el seno familiar, donde la mayoría de los conflictos suelen terminar en golpes, insultos, secuestro de menores, o lo más grave, en homicidios saturando los juzgados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el Consejo de la Judicatura capitalino decidió crear un Centro de Justicia Alternativa donde a través del diálogo y la negociación entre las partes afectadas se pretende dirimir las diferencias y llegar a acuerdos satisfactorios para ambas partes.

La mayor parte de los divorcios que se realizan en el Distrito Federal, cuyos juicios se encuentran en proceso y que por lo regular se prolongan varios años, representan para las partes un problema económico por los servicios de abogados y un desgaste emocional que daña a la pareja y principalmente a los hijos, lo que implica un grave conflicto social. Cada año se suman nuevos expedientes de estos casos en los juzgados familiares convirtiéndose en una carga excesiva para los jueces especializados en la materia.”⁵⁶

En México la mediación surge en una cultura de violencia, donde históricamente los conflictos se han resuelto por la vía de la descalificación, amenazas, gritos y lesiones y aún cuando se acude a la vía jurisdiccional y se busca a los mejores abogados para resolverlos, los involucrados se destrozan emocionalmente. Una violencia que se traduce en que diariamente un muy alto número de mujeres mueren asesinadas en el país, principalmente por sus cónyuges o parejas sentimentales.

La función de este tipo de centros de mediación es ofrecer a la ciudadanía una forma diferente a la judicial de resolver sus conflictos a través de una vía pacífica, en la que las personas que tienen problemas se encargan de construir la solución al mismo como en el caso de la mediación.

Esta vía está fincada jurídicamente en el “principio de autonomía de las partes” concepto jurídico en el que la ley otorga a los individuos la facultad de poder ponerse de acuerdo para regular sus derechos y contraer obligaciones de común acuerdo a través un convenio.

El servicio que presta el Centro de Justicia Alternativa es una oportunidad de acercarse a la persona con la que se tiene un conflicto familiar sin agresiones verbales ni psicológicas. Estar en guerra cansa y llegar a convenios sin violencia ayuda mucho a conseguir las condiciones que permitirán vivir en paz.

El Centro de Justicia Alternativa es nuevo en el Distrito Federal, las primeras experiencias en la construcción de este tipo de centros y en la implantación de estas vías para abrir el acceso a la justicia de forma pacífica datan de 1997, cuando los estados de Quintana Roo y Querétaro establecen sus primeros centros de mediación que dependen del Tribunal Superior de justicia de cada entidad. Fue el detonante y empezaron a

⁵⁶ <http://www.tsjdf.gob.mx/justiciaalternativa>, consultada el 2 de octubre de 2007.

germinar las semillas de la mediación en todo el país, del año 2001 a la fecha ya se tienen en más de veinte estados de la República este tipo de centros de mediación.

A pesar de ello en el Distrito Federal no se cuenta con una ley que regule el Centro de Justicia Alternativa y su servicio, corresponde a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal reformar la Ley Orgánica del Tribunal Superior a fin de que se incluya la “Justicia Alternativa” y una partida presupuestal designada, estados como Colima y Quintana Roo ya lo hicieron.

De las resoluciones de mediación voluntarias se cumplen el 93% por las mismas partes, si las partes no demuestran disponibilidad de negociar y dialogar el mediador está facultado para dar por terminado el proceso.

Es deseable impulsar en el Distrito Federal el desarrollo de la mediación vecinal o comunitaria, pues son comunes los conflictos entre vecinos y cuando no se atienden a tiempo el problema puede llegar a los juzgados convertidos en lesiones, amenazas u homicidios.

Si la gente aprende a resolver los conflictos en cuanto se generan y no se permite que vayan en aumento serán menos los asuntos que lleguen a los juzgados, la mediación es la cultura del futuro y debe ser impulsada desde la infancia a todos los ciudadanos. Desde pequeños debemos aprender a solucionar los problemas y conflictos a través de la mediación, es la única manera para que cambie la cultura de la violencia por uno que privilegie la paz.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Podemos decir que la mediación como medio alternativo de solución es el trámite en el que uno o más mediadores intervienen en una controversia entre partes determinadas, facilitando la comunicación entre ellos con el objeto de construir un convenio sin proponer soluciones. Se trata de una instancia voluntaria a la cual asisten las partes interesadas ya sea solos o, en su caso, asistidos por sus abogados. Su objetivo principal es superar el conflicto, arribando a un acuerdo que evite la necesidad de recurrir a los tribunales de justicia. La mediación evita que las relaciones personales se deterioren o destruyan como consecuencia de la tramitación prolongada de los juicios.

SEGUNDA.- La mediación persigue un cambio en la forma de administrar justicia, cambio que poco a poco hará que la mediación cobre mayor importancia entre las formas en que la sociedad resuelve sus conflictos generará también un cambio en la forma de concebir justicia y su administración.

TERCERA.- La diferencia entre el arbitraje y la mediación es que en el arbitraje el resultado se determina de acuerdo con una norma objetiva donde el árbitro oye los hechos del caso y toma una decisión de obligatoriedad jurídica que puede o no satisfacer a las partes; en la mediación cualquier resultado se determina por voluntad de las partes, por ese motivo las partes se encuentran más satisfechas con la solución, el hecho de tener en cuenta los intereses personales significa que el resultado no solo va a resolver el problema presente sino también uno futuro.

CUARTA.- Existen diferencias entre la mediación y la conciliación, se diferencian en cuanto al procedimiento usado, aunque tienen el mismo fin. El mediador tercero neutral que conduce la negociación entre las partes, dirige el procedimiento y se abstiene de asesorar, aconsejar, emitir opinión o proponer formulas de arreglo. Por tanto el objetivo del mediador es facilitar que las partes lleguen a un acuerdo mediante el cual la solución definitiva ocurra sin ganadores ni perdedores. En la conciliación el tercero al que acuden las partes tiene una función activa al formular una propuesta o recomendación.

QUINTA.- La forma en que se imparte justicia en México no reúne la eficacia que la ciudadanía reclama, dado a que en los tribunales existe un exceso de procedimientos judiciales que se inician sin saber que muchos de ellos pueden ser resueltos sin necesidad de un trámite judicial, y es por eso que resultan eficaces los medios alternativos de solución de conflictos, ya que no solo ayudan a lograr una mejor convivencia con los demás, sino que también disminuirán de manera importante el exceso de trabajo en los tribunales.

SEXTA.- El principal rival de los métodos alternos para la resolución de conflictos no son los representantes del poder judicial, ni los juristas, ni los abogados que forman parte del método tradicional con el que actualmente intentamos resolver nuestros conflictos como suelen afirmar los que se valen de los análisis que no van más allá de lo aparente. El principal rival es la ignorancia de las ventajas de la mediación y conciliación, ignorancia que deriva a la resistencia del cambio de paradigma y al cambio de hábitos en la manera de manejar los conflictos, esa es la dificultad a vencer.

SÉPTIMA.- La figura de la mediación no es desconocida en el ámbito jurídico mexicano, sin embargo solo se encuentra regulada en algunas Entidades Federativas como son; Querétaro, Baja California Sur y Quintana Roo, no obstante es en el Estado de México en donde ha cobrado más fuerza, tan es así que en el año 2003 se promulgó el Reglamento de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México.

OCTAVA.- La mediación debe constituirse en nuestro sistema jurídico como mecanismo diferente y externo al proceso, teniendo como objetivos acceder a una justicia pronta y expedita además de aliviar al poder judicial de la pesada carga procesal que soporta, razón por la cual la mediación evitará que todos los conflictos lleguen al órgano jurisdiccional procurando que exclusivamente aquellas controversias que así lo requieran, por su complejidad o por los bienes jurídicos que estén de por medio, sean conocidos por el poder antes mencionado.

NOVENA.- El hecho de que los Centros de Mediación y Conciliación y en su caso el Centro de Justicia Alternativa del Distrito Federal se encuentre en la misma sede de los tribunales representa una opción jurídicamente sólida y humanamente flexible, ya que las mismas personas que acuden a los tribunales por simple curiosidad acuden a los centros para solicitar información sobre su funcionamiento y la forma de resolver sus conflictos.

DÉCIMA.- Considero esencial impartir una nueva educación en la totalidad de los abogados ya que hasta el día de hoy, los mismos culminan sus estudios universitarios con una mentalidad totalmente litigiosa, basada exclusivamente en un sistema adversarial de solución de conflictos, donde para la gran mayoría la única alternativa posible a la solución de la disputa habida es la de litigar en los tribunales. Lamentablemente a los estudiantes universitarios de la carrera de derecho se les enseña únicamente técnicas y estrategias consistentes en como vencer en un proceso judicial a la parte contraria, ejerciendo en la práctica un continuo pleito donde solamente existe un vencedor y por ende un perdedor. Lo ideal sería comenzar a incluir a los estudiantes una mentalidad diferente, es decir, conciliadora, donde el objetivo primordial sea intentar arribar a una solución del conflicto beneficiosa para todas las partes involucradas en el mismo, buscando satisfacer los intereses y necesidades de todas las partes, evitando de esa manera una mentalidad litigiosa.

A) BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Estudios de Teoría e Historia del Proceso
Alcalá Zamora y Castillo Niceto
Vol. 3 México Jurídica Universitaria, 2001.

- 2.- Derecho Procesal Mexicano
Alcalá Zamora y Castillo Niceto
2° ed. México Porrúa, 1985.

- 3.- Proceso, autocomposición y autodefensa
Alcalá Zamora y Castillo Niceto
Vol. 2 México Jurídica Universitaria S. A. 2001.

- 4.- Mediación y Justicia
Alvarez Gladis S. Elena I. Higton y Jassan Elías
Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1996.

- 5.- Mediación y Conciliación en México, Dos Vías Alternativas de Solución de Conflictos a Considerar
Azar Mansur Cecilia
México Porrúa, 1999.

- 6.- El Proceso Civil en México
Becerra Bautista José
México Porrúa, 1986.

- 7.- El Arbitraje en el Derecho Privado
Briceño Sierra Humberto
México UNAM, 1983.

- 8.-** Instituciones del Proceso Civil
Carneluti Francesco
Trad. De Santiago Sentis Melendo
Buenos Aires EJEJA, 1989.
- 9.-** Instituciones de Derecho Procesal Civil
De Pina Rafael, José Castillo Larrañaga
27° ed. México Porrúa, 2003.
- 10.-** Diccionario Jurídico Mexicano
Instituto de Investigaciones Jurídicas
México Porrúa, 2004.
- 11.-** Mediación y Conciliación
Dupuis Juan Carlos
Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.
- 12.-** Medios Alternativos de Solución de Controversias
Estavillo C. Fernando
Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana
México, 1996.
- 13.-** Figuras Extraprocesales de Arreglo de Conflictos “la Conciliación y la Mediación,
el
Ombudman” justicia y sociedad
Fairen Guillén Víctor
México UNAM, 1994.
- 14.-** Introducción al Estudio del Derecho
Flores Gómez González Fernando
9° ed. México Porrúa S. A. 2000.
- 15.-** Derecho Civil Primer curso Parte General, Personas, Familia
Galindo Garfias Ignacio
21° ed. México Porrúa S. A. 2002.

- 16.- Teoría General del Proceso
Gómez Lara Cipriano
México UNAM, 1981.

- 17.- Instituciones no Jurisdiccionales para la Resolución de Conflictos
Gozaini Osvaldo Alfredo
México UNAM, 1994.

- 18.- La Mediación y sus Contextos de Aplicación
Grover Duffy Karen, James W. Grosh y Paúl V. Olczak
Barcelona, Buenos Aires, México, 1996.

- 19.- Fundamentos de la mediación Familiar – manual práctico para mediadores
Haynes John M.
Gia Ediciones Madrid, 1995.

- 20.- Ponencia “Reflexiones en torno a la reforma legislativa en materia de mediación y Conciliación en el Estado de México”
Hernández Tirado Héctor
México, 2002.

- 21.- La Mediación en México
Herrera Trejo Sergio
México FUNDAP, 2000.

- 22.- La Resolución Alternativa de Conflictos: una estrategia nacional
Loy Song Encada Lizbeth
Tribuna Jurídica, Organismo de Difusión del Poder Judicial del Estado de Quintana Roo, N. 28, 2001.

- 23.- El derecho Romano
Margadant Floris Guillermo
México Esfinge, 1985.

- 24.- El Proceso de Mediación
More Christopher
Buenos Aires, Garnica, 1995.

25.- Garantías Constitucionales del Proceso

Ovalle Favela José

21° ed. México UNAM, 2002.

26.- Diccionario de Derecho Procesal Civil

Pallares Eduardo

21° ed. México Porrúa, 1989.

27.- Diccionario de derecho penal

Reyes Echandía Alfonso

México Themis, 1995.

28.- El Arbitraje en México

Urribari Carpinteiro Gonzalo

27° ed. México Porrúa, 2003.

29.- ¿Qué es la Mediación?

Wilde Zulema D. y Gaiboris Luis M.

Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.

30.- Mediación

Wilde Zulema D.

Buenos Aires, Driskill, 1996.

B) LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Mc. Graw Hill 2007.

Código Civil del Estado de México, SISTA 2007.

Código Civil del Distrito Federal, SISTA 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, SISTA 2007.

Código de Procedimientos Penales del Estado de México, SISTA 2007.

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México, SISTA 2007.

Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del estado de México, 2003.

Ley para la prevención de la Violencia Familiar en el Estado de México, Pac. Com. México 2007.

Ley Orgánica Municipal, Gaceta de Gobierno del Estado de México, 2002.

Ley que Regula el Régimen de Propiedad en Condominio en el Estado de México, Pac. Com. México 2007.

Ley del Notariado, Pac. Com. México 2007.

C) FUENTES DE INTERNET

<http://www.masvenezuela.org.ve/consti.htm>

<http://www.pjedomex.gob.mx>.

<http://www.tsjdf.gob.mx/justiciaalternativa>