

308409



UNIVERSIDAD LATINA, S. C.

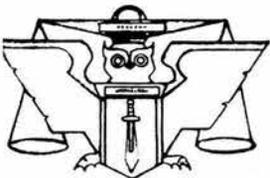
INCORPORADA A LA U.N.A.M.

FACULTAD DE DERECHO

"LA EFICACIA DE LA MEDIACION COMO PROCESO
ALTERNATIVO DE GESTION EN LOS CONFLICTOS
FAMILIARES EN MEXICO"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
RODRIGUEZ LEMUS TANIA

ASESOR: DR. ARTURO ACEVEDO SERRANO



MÉXICO, D. F.

2004



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.



UNIVERSIDAD LATINA, S.C.
INCORPORADA A LA U.N.A.M.



Coyoacán México 17 de Mayo de 2004

C. DIRECTOR GENERAL DE REVALIDACIÓN
INCORPORACIÓN Y DE ESTUDIOS, UNAM
P R E S E N T E:

La C. **RODRIGUEZ LEMUS TANIA** ha elaborado la tesis profesional titulada **“La eficacia de la mediación como proceso alternativo de gestión en los conflictos familiares en México”** bajo la dirección del **DR. ARTURO ACEVEDO SERRANO** para obtener el Título de Licenciado en Derecho.

La alumna ha concluido la tesis de referencia, misma que llena a mi juicio los requisitos marcados en la Legislación Universitaria y en la normatividad escolar de la Universidad Latina para las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos correspondientes.

ATENTAMENTE
“LUX VIA SAPIENTIAS”

LIC. SANDRA LUZ HERJÁNDEZ ESTÉVEZ
DIRECTORA TÉCNICA DE LA
LICENCIATURA EN DERECHO.
CAMPUS SUR

México Distrito Federal, a 13 de abril de 2004

LIC. SANDRA LUZ HERNÁNDEZ ESTEVEZ
DIRECTORA TÉCNICA DE LA ESCUELA DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD LATINA S.C, CAMPUS SUR
P R E S E N T E .

Por medio de este conducto, y de conformidad con el artículo 13 del Reglamento de Titulación de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Latina S.C., le hago de su conocimiento que la alumna **TANIA RODRÍGUEZ LEMUS**, con número de cuenta **956116978** ha concluido satisfactoriamente la investigación de la Tesis titulada **"LA EFICACIA DE LA MEDIACIÓN COMO PROCESO ALTERNATIVO DE GESTIÓN EN LOS CONFLICTOS FAMILIARES EN MÉXICO."**

Lo anterior, a fin de que se de continuidad a los trámites de titulación correspondientes.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi más alta y distinguida consideración.

ATENTAMENTE


DR. ARTURO ACEVEDO SERRANO

"Para encontrar la Justicia es necesario serle fiel: como en todas las divinidades, se manifiesta solamente a quien cree en ella."

"Quien tiene fe en la justicia, consigue siempre, aun a despecho de los astrólogos, hacer que cambie el curso de las estrellas."

Piero Calamandrei

"El Derecho es la batalla de luchar por la justicia aunque a veces éstos se opongan, pero no bastan las leyes ni argumentos para lograrlo, sino la cordialidad y confianza entre los seres humanos vistos no sólo como entes jurídicos sino como entes sociales que piensan y sienten."

Tania R. Lemus

Al dedicar este decisivo, pero no único esfuerzo de mi carrera profesional, recordé que el principal motivo de esta lucha y de toda mi vida académica fue el coraje y la entereza ante el sufrimiento de mi propia vida personal, porque el estudio fue en un momento mi refugio a la soledad y mi escape, quienes me conocen saben a que me refiero...

Pero ahora es el camino a seguir mirando siempre de frente y aunque sé que en el transcurso de esta vida perdí el cariño, el amor y la confianza de muchas personas que quiero todavía, ante ese perder hoy intento el valor de ganar...

Ante este sentimiento dedico este esfuerzo:

A DIOS:

A quien al pedirle todas las cosas para poder disfrutar la vida, me concedió vida, para que pueda disfrutar todas las cosas... y aunque se que está será corta lucharé disfrutarla a lo máximo y que no escape de mis manos.

A MI MADRE:

Quien al tenerme en su vientre desde ese instante me enseñó a luchar y aferrarme a la vida con coraje y entereza, esa que ella misma aprendió ante los golpes y tropiezos. Quien con su amor y ternura supo hacer que fuera lo que ahora soy. En pocas palabras le debo la vida y la fuerza para no dejarme derrotar.

Gracias por tu paciencia y por creer en mi, este logro es de las dos.

A MI PADRE:

Quien gracias a él también estoy aquí, de quien aprendí a ser valiente, a no creer ni tener confianza tan fácilmente en los demás, de quien aprendo cada día a ser mejor y a ser independiente, quien en mi pensamiento siempre estará aunque a veces lejos se encuentre.

Gracias te doy, porque con tu amor de padre he logrado no caer.

A MIS HERMANOS:

Quienes vivimos y crecimos juntos, a mi hermana por su apoyo cuando sabíamos que la vida era de sueños, de risas y de lágrimas también.

A mi hermanito (mis manos de la suerte) quien se que me adora aunque Dios no le permitió expresarlo con frases, de quien aprendí a conocer a los demás a través de sus ojos y no sólo de palabras. Y aunque sé que nunca podrá leer estas letras sabe lo que quiero decirle. Por él aprendí a madurar en muchos aspectos y descubrir que no todo en la vida se puede obtener. Gracias Esther por cuidar de él.

A MIS ABUELOS:

Quienes siempre me demostraron su cariño y ternura.

A mi abuelito Salvador por ser mi ejemplo a seguir, esa fortaleza y entereza de la que cada día aprendo a saber luchar por los ideales y a decir que todo se puede si se tiene coraje, dedicación y perseverancia.

A MIS TÍOS Y PRIMOS:

Por su cariño, apoyo y por confiar en lo que he demostrado, porque me han regalado el valor de tener una familia que sigue unida a pesar de la distancia y de las adversidades.

A MIS SOBRIJNITOS:

De quienes aprendo la alegría de ser niña de nuevo.

A OSCAR:

A quien le debo su amistad desde la infancia, su confianza al creer en lo que soy, su apoyo incondicional, comprensión y por cuidar de mí. Quien en este tiempo ha sabido darme la fortaleza al brindarme su mano, logrado que dé este paso de mi carrera con firmeza. De quien he aprendido que la vida se disfruta hoy y no mañana. Simplemente quien me enseñó a sonreír y vivir de nuevo como lo hago ahora...

Gracias por tu amor, respeto y cariño.

A MI MEJOR AMIGA NAYELI:

A quien le agradezco sus consejos, comprensión y cariño en estos casi nueve años de conocernos.

Por escucharme y estar ahí en todo momento, gracias.

A FREDY:

Por la gran amistad que me brindó al comienzo y transcurso de mi carrera; por el amor, apoyo y ayuda que en su momento me obsequió; por su paciencia al soportar mis enojos y estar ahí en los desvelos. A quien recordaré por el resto de mi vida, porque alguna vez supo acompañarme en los mejores y peores momentos. De quien sólo tengo que decir:

Que le agradezco ser lo que fue y será en mí...

A MI UNIVERSIDAD LATINA:

Por abrirme las puertas y ser el refugio de la enseñanza.

A MIS MAESTROS:

Por transmitirme a través de las palabras la Sabiduría, a quien les debo todo lo que aprendí en estos años. Por su paciencia y por confiar en mi capacidad, gracias.

A mi Lic. Sonia Y. Delgado que ha sido mas que eso... maestra tanto en lo académico como en lo laboral, por creer en mí, por su apoyo, consejos, cariño y por el aliento a seguir adelante.

Al Lic. Francisco Pacheco por su ayuda y amistad, a quien le agradezco su enseñanza profesional fuera de la teoría.

A mi asesor de Tesis Dr. Arturo Acevedo, por transmitirme sus conocimientos y alentar este logro.

Al Lic. Jorge Zaldívar, a quien le agradezco su paciencia y motivación para que iniciara este trabajo.

AL PERSONAL ACADÉMICO, UNILA

En especial agradezco a la Lic. Sandra Luz y al Lic. Rosafio por creer en mí y apoyar este logro.

A la Lic. Laura, Lic. Isabel, Lic. Verónica Guadarrama, Vero y Magda por su amistad, consejos y apoyo incondicional.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS

*Por los momentos inolvidables y compartir juntos
anécdotas, gracias.*

*A MIS COMPAÑEROS DE TRABAJO DEL DIF
NACIONAL:*

*Gracias Lic. Lupita por sus consejos, ejemplo y
comprensión.*

*Al Lic. Carteño, Antonio D., Octavio A., Edith, Efy y
Bety por su amistad, por regalarme sus enseñanzas y
cultivarme de experiencia.*

*A QUIENES NO CREYERON EN MI, gracias
porque con ello he aprendido a ser mejor cada día.*

ÍNDICE DE CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN.....	V
CAPÍTULO I	1
EL ORIGEN: EL CONFLICTO Y SUS FORMAS DE SOLUCIÓN	
1.1 Noción de conflicto.....	1
1.2 Litigio y conflicto.....	5
1.3 Formas de composición de las controversias.....	9
1.3.1 Autocomposición.....	10
1.3.2 Desistimiento.....	12
1.3.3 Perdón del Ofendido.....	17
1.3.4 Allanamiento.....	18
1.3.5 Transacción.....	19
1.3.6 Negociación.....	23
1.4 La Heterocomposición y los Diferentes Sistemas Alternativos de Solución.....	25
1.4.1 Amigable Composición.....	27
1.4.2 Arbitraje.....	29
1.4.3 Mediación.....	31
1.4.4 Conciliación y la Mediación.....	41
1.4.5 Mediación y el Arbitraje.....	46
1.4.6 El Ombudsman.....	47
1.5 Otros medios de solución de controversias.....	50
1.5.1 El pequeño juicio.....	51
1.5.2 El juicio privado.....	52
1.5.3 El arbitraje derivado.....	53
1.5.4 El juicio por jurado sumario.....	54
1.5.5 El oyente neutral.....	54
1.5.6 Determinaciones por experto neutral.....	55
1.5.7 Decisión no obligatoria.....	56
1.5.8 Adaptación de contratos.....	57
1.5.9 La consulta.....	58
1.5.10 Los buenos oficios.....	59
1.6 Autotutela.....	60
1.6.1 Respuesta a un ataque precedente. Legítima defensa y Guerra en legítima defensa.....	62
1.6.2 Ejercicio Directo de un derecho subjetivo.....	63
1.6.3 Ejercicio de Facultades de mando.....	64
1.6.4 Ejercicio de una potestad.....	64
1.6.5 Combate.....	66
1.6.6 Medio de presión o coacción.....	66

	Pág.
1.7 La solución de conflictos en la vía judicial: el Proceso como sistema tradicional de resolución de conflictos.....	68
1.7.1 El Proceso.....	69
1.7.2 Naturaleza Jurídica.....	71
1.7.3 Sujetos al proceso.....	78
1.7.4 Principios procesales.....	85
1.7.5 Jurisdicción.....	88
1.7.6 Ventajas e inconvenientes.....	90
CAPÍTULO II.....	92
LA MEDIACIÓN Y SU APLICACIÓN A NIVEL INTERNACIONAL	
2.1 Orígenes de la Mediación Internacional como Proceso Alternativo de Resolución de Conflictos.	93
2.1.1 Características	94
2.1.2 Ámbitos de Aplicación.....	96
2.2 La mediación en Europa.....	98
2.2.1 España.....	99
2.2.2 Suiza.....	104
2.3 Latinoamérica.....	105
2.3.1 Argentina.....	105
2.3.2 Colombia.....	109
2.3.3 Chile.....	110
2.3.4 Paraguay.....	113
2.3.5 Puerto Rico.....	115
2.4 Norteamérica.....	118
2.5 Diferentes Modelos de Cláusulas de Mediación Internacional.....	120
2.5.1 México. De la Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial, A.C. Cámara de Comercio (Conaco, D.F.).....	120
2.5.2 De la American Arbitration Association (AAA).....	125
2.5.2 Cláusula que recomienda el Centro de Resolución de Controversias de México Estados Unidos de América.....	127
2.5.3 Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.....	128
2.6 Otros Centros de Mediación.....	132

	Pág.
CAPÍTULO III	136
LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS FAMILIARES	
3.1 La Familia. Su aspecto social y jurídico.....	137
3.1.1 La Familia y sus fines sociales.....	140
3.1.2 La Familia y sus sentido jurídico.....	140
3.1.3 La Familia moderna hasta nuestros días.....	141
3.2 El Derecho Familiar y los conflictos familiares.....	145
3.2.1 El Matrimonio y el Concubinato.....	147
3.2.2 El Divorcio. Separación de los concubinos y de los padres.....	153
3.2.3 Los Alimentos.....	160
3.2.4 Patria Potestad. Guarda y Custodia.....	163
3.2.5 La Adopción.....	168
3.2.6 Reconocimiento de los hijos.....	170
3.2.7 La sucesión en la Familia.....	171
3.3. La eficacia de la mediación familiar.....	172
3.3.1 Orígenes y Evolución de la mediación familiar.....	174
3.3.2 Concepto de mediación familiar.....	175
3.3.3 Objetivo de la mediación familiar.....	176
3.3.4 Principios básicos de la Mediación Familiar.....	178
3.3.5 Ventajas y Desventajas.....	179
3.3.6 Personas a las que va dirigida la mediación familiar.....	183
3.4 La Eficacia de la Mediación como proceso en el ámbito familiar.....	184
3.4.1 La figura del mediador.....	185
3.4.2 Áreas previas de intervención del mediador.....	191
3.4.3 Etapas.....	193
3.4.4 Técnicas y métodos de Entrevista y de Intervención.	202
3.4.5 El Acuerdo.....	206
3.5 Aspecto Psicosocial y jurídico de la mediación	209
3.5.1 La mediación ante las crisis matrimoniales y el concubinato. El Divorcio y sus efectos.....	210
3.5.2 Mediación en materia de Alimentos.....	214
3.5.2 La mediación sobre el Ejercicio de la Guarda y Custodia, visitas y convivencias.....	217
3.5.3 Relaciones entre la familia adoptante y la familia biológica	220
3.5.5 La mediación en el reconocimiento de los hijos.....	221
3.5.6 La mediación en las relaciones entre hermanos (herencias).....	223
3.5.7 Mediación en casos de Violencia Familiar.....	224

CAPÍTULO IV	228
LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN MÉXICO Y FIGURAS AFINES	
4.1 Poder Judicial de la Federación y	
Poder Judicial del Distrito Federal del Distrito Federal.....	231
4.1.1 Previa Conciliación.....	233
4.1.2 Juicio Arbitral.....	234
4.1.3 Contrato de Transacción.....	236
4.2 Servicios Públicos y Privados de Mediación Familiar.....	241
4.2.1 El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF).....	242
4.2.2 El Centro de Atención a la Violencia y Familiar (CAVI).....	246
4.2.3 Centro de Resolución de Conflictos de la Fundación Cenavid, I.A.P.....	248
4.2.4 Centro de Justicia Alternativa (Consejo de la Judicatura del Distrito Federal).....	250
CAPÍTULO V	267
LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS FAMILIARES EN LA ACTUALIDAD	
5.1 La problemática procesal actual.....	268
5.1.1 Los procedimientos judiciales a nivel familiar actual.....	268
5.1.2 La falta de aplicación de los medios alternativos de solución en las controversias familiares.....	270
5.1.3 Instituciones Públicas y Privadas ante la figura de la mediación.....	271
5.1.4 El Acuerdo.....	272
5.1.5 Las Recomendaciones.....	274
5.2 Implementación de un Marco Jurídico sobre Mediación Familiar en toda la República.....	274
5.2.1 Ley General de Mediación Familiar.....	274
5.2.2 Código de Ética.....	279
5.2.3 Las Instituciones Públicas (DIF) y Privadas de mediación familiar.....	281
5.2.4 La ejecución del Acuerdo y las Recomendaciones.....	282
5.2.5 Reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.....	285
CONCLUSIONES.....	289
BIBLIOGRAFÍA.....	296

INTRODUCCIÓN

La experiencia nos ha enseñado, que las sociedades en general, al ser formadas por hombres con distintos caracteres, formas de pensar y de sentir, no siempre pueden vivir en armonía, ya que día a día se llenan de un cúmulo de conflictos que muchas veces se encuentran imposibilitadas para darle solución.

Así que el hombre, por su propia necesidad se organiza en familia para lograr los fines de subsistencia y perpetuación de su especie, pero ante una conflictiva se frustra al ver como se desintegra este medio valioso que tiene para vivir en sociedad y en armonía. Por eso es que el ser humano al descubrir al Derecho como un sistema organizado de normas, busca imperioso equilibrar y estabilizar el mundo en el que vive, bajo un régimen jurídico, logrado algunas veces encontrar la solución a su conflictiva.

Pero impaciente al no satisfacer sus necesidades, ha recurrido en busca de medios diversos al tradicional (es decir el jurisdiccional) para resolver su conflictiva, ya que los tribunales reciben una cantidad desmesurada de asuntos que no pueden manejar, provocando que los procesos sean largos, tediosos, costosos y que los resultados de lo mismos no siempre reflejen esa sensación de justicia que todos como miembros de una familia buscamos.

Nosotros al trabajar con problemas familiares no hemos dejado pasar por alto esta búsqueda del hombre, y hemos luchado por tratar de integrar en armonía a la familia y ayudar al ser humano y a nosotros mismos como miembros de ésta, a superar una conflictiva. Por eso es que a pesar del pesimismo y de las críticas planteadas que más que obstáculos se han vuelto un punto a nuestro favor, hemos buscado el medio idóneo que trate con sensibilidad estos problemas mejorando nuestras técnicas día a día.

Nos referimos al trabajo constante que hemos tenido al prestar nuestro servicio social en el área jurídico familiar del DIF Nacional, y actualmente como partes integrantes de ese

Sistema, luchando por salvar a la familia, brindado apoyo y seguridad a sus miembros como hombres, mujeres, ancianos y niños víctimas de un conflicto familiar.

Aunque sabemos que uno de los medios alternos existentes para resolver la conflictiva es el arbitraje, en materia familiar es nula su aplicación, por lo que con la presente investigación pretendemos acercar al estudioso del Derecho a una innovadora forma gestión de conflictos: “la mediación”, especialmente en el área Familiar; ya que la práctica nos ha enseñado que por la distinguida nobleza de esta área, la aplicación del sistema formal tradicionalista algunas veces no cubre con las expectativas de solución planteadas, como veremos más adelante.

Nuestra tesis al plantear el tema de la eficacia de la mediación como proceso de solución en los problemas familiares en nuestro país, se compone de cinco Capítulos, que pretenden abarcar todo lo referente a nuestro tema de estudio y proponer las alternativas para hacer viable esta figura.

En el primer capítulo veremos algunas definiciones mismas que dan origen la presente investigación, como lo es el conflicto, estudiaremos las diversas formas de solución a éste y sus diferencias con el litigio.

Dentro de estas formas de gestión a la conflictiva social, estudiaremos a la mediación en general y sus diferencias con aquellas figuras con las que asemeja y toma parte su existencia.

También encontraremos, que el sistema tradicional, es decir el jurisdiccional, es el más utilizado, pero que por las desventajas que trae consigo como son los costos, el tiempo, el esfuerzo y la pugna mayor entre los miembros de la familia resulta muchas veces inadecuado e ineficaz, especialmente al tratar la conflictiva familiar.

En el Capítulo II, expondremos de forma general, y a efecto de evocarnos a un Derecho comparado, aquellos países que utilizan la mediación en sus diversos ámbitos, como lo es el comercial, educativo, familiar, internacional, entre otros.

También, analizaremos la evolución que ha tenido la mediación en las naciones que la reconocen, sus avances en cuando a su aplicación y su regulación, principalmente en el tratamiento de conflictos familiares.

Observaremos en este apartado, que México aplica la mediación a nivel internacional y comercial y de forma breve nos limitaremos a mencionar aquellos países que cuentan con centros o instituciones públicos o privados de mediación.

Nuestro Capítulo III, lo hemos enfocado como la médula principal de nuestra investigación, ya que en él expondremos la eficacia de la mediación como forma de solución de los conflictos familiares, es decir observaremos que la familia por conformarse de miembros con características sociales, culturales, religiosos, políticos, económicos y psicológicos debe de ser tratada por un sistema de tal magnitud y no mediante uno formalista y ritual, en pocas palabras cuadrado, como lo es el sistema tradicional.

Observaremos el concepto de familia, sus aspectos social y jurídico hasta nuestros días, así como los diversos conflictos en que pueden verse inmersos sus miembros. Sobre este último punto, consideramos importante analizar el proceso de la mediación familiar paso a paso, desde su inicio hasta su término con el acuerdo; la figura del mediador y sus características básicas; así como los métodos y técnicas empleadas en su intervención y entrevista. Por último mencionaremos la influencia y aplicación de la mediación para resolver una conflictiva planteada en su aspecto social y psicológico.

En el Capítulo IV, abordaremos la figura de la mediación familiar y las figuras afines a ésta que en nuestro país alcanzan poco reconocimiento, pero nos enfocaremos a estudiar a aquellas figuras que se asemejan a la mediación y que permiten que la misma subsista.

Analizaremos algunos centros públicos y privados que aplican y de alguna forma tratan de aplicar la mediación familiar en nuestro país, así como también estudiaremos las

complicaciones que pudiesen existir al aplicar la figura de la mediación, así como su ámbito jurídico.

Con objeto de finalizar, en nuestro Capítulo V, estudiaremos la aplicación de la mediación en los conflictos familiares en la actualidad, por lo que lo hemos dividido en dos partes:

La primera, se enfoca a plantear cinco problemas principales dentro de nuestro sistema jurídico, los dos primeros son los que dan origen a la mediación y los otros tres enfocan una problemática dentro del uso de la mediación.

Estos problemas estriban en la realidad actual que viven el sistema tradicional, el desuso de los medios alternos de solución de disputas, la falta de instituciones públicas y privadas de mediación, la ejecución de los acuerdos, y por último el tema de las recomendaciones.

La otra parte, se enfoca a las soluciones que consideramos son viables para terminar con la problemática planteada, y que se refiere a las ventajas que conllevaría la implementación de un marco jurídico sobre mediación familiar en el Distrito Federal, enfocado en la creación de una Ley de Mediación Familiar, un Código de Ética, la creación de instituciones públicas y privadas, la posibilidad de ejecutar los acuerdos derivados de la mediación, así como la necesidad de reformar los artículos 272-A, 500 y 504 de nuestro Código de Procedimientos Civiles actual, para adecuarlo a una nueva realidad.

Esperando con lo anterior lograr ampliar una cultura en la solución de conflictos familiares mediante medios alternos como la mediación, dejando atrás la idea de disputas para poner en tela de juicio quien es capaz de llevar mejor un proceso jurisdiccional, en vez de buscar quien esta dispuesto a solucionar su conflictiva sin enemistades que solo acarrear nuevos conflictos.

CAPÍTULO I

EL ORIGEN: EL CONFLICTO Y SUS FORMAS DE SOLUCIÓN

En este primer capítulo veremos que debido a que las sociedades modernas son cada vez más complejas y pluriculturales; la relación que existe entre los Estados y el ciudadano, el gobierno como la Administración se tornan cada vez más distantes. Por lo que la sensación de invasión de los conflictos en la vida social, la modificación de la naturaleza de los mismos y la lentitud del sistema legal son fenómenos que explican la crisis de representatividad y de eficacia en su resolución.

Frente a esta crisis están surgiendo nuevos ciudadanos, responsables y solidarios que reclaman un protagonismo personal en las vías de solución a sus conflictos, mismos que pueden darse desde una amigable composición hasta llegar a un proceso jurisdiccional.

Es así como en el transcurso de este capítulo estudiaremos todas aquellas formas de solución a los diferentes tipos de conflictos planteados, y trataremos de llegar diferenciarlas observando sus ventajas y desventajas.

Antes de dar comienzo al planteamiento del presente capítulo es importante señalar lo que se entiende por “*conflicto*” y su diferencia con el “*litigio*”.

1.1 NOCIÓN DE CONFLICTO

El Dr. Remo Entelman, (profesor de la Cátedra de Teoría del Conflicto en la Maestría Interdisciplinaria para la formación de Negociadores y mediadores dictada en la Facultad de Ciencias Económicas), define al conflicto como una: “*Relación de tal tipo en la que ambas partes procuran la obtención de objetivos que son, pueden ser o parecen ser para alguna de las partes incompatibles*”.¹

¹ BERIZONCE, Roberto O. - *Los medios alternativos de solución de conflictos: bases para su implementación*, Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas de la Universidad de La Plata, Tomo XXXII, p.12

Por su parte Hocker y Wilmot lo definen como "*pugna expresada al menos entre dos partes interdependientes que perciben objetivos incompatibles, recursos limitados y la interferencia de la otra parte en la obtención de sus objetivos.*"²

De acuerdo con Fernando Vieites el conflicto "*Es una relación que puede establecerse entre dos o más partes, en la que procuran la obtención de objetivos que son, pueden ser o parecen ser para alguna de ellas, incompatibles.*"³

Por su parte el Diccionario de la Lengua Española define al conflicto como "*lo más recio de un combate. Punto en que parece incierto el resultado de una pelea*".⁴

Como observamos se han esbozado innumerables definiciones del conflicto, todas ellas atendiendo a distintos criterios. Seguidamente se citan algunas de ellas:⁵

- ✦ Percibida divergencia de interés;
- ✦ Creencia de que las aspiraciones corrientes de las partes no pueden lograrse simultáneamente;
- ✦ Fenómeno normal (no necesariamente negativo) que posee potencialidades positivas y que puede servir incluso para fortalecer ciertas relaciones del sujeto;
- ✦ Fenómeno que puede tener lugar entre individuos, grupos y naciones y que son inherentes a la naturaleza humana;
- ✦ Situación que implica divergencia de intereses en relación con una misma situación o el convencimiento de que los objetivos de las partes no pueden ser obtenidos simultáneamente;

² HOCKER Y WILMOT en BERIZONCE, Roberto *Ob. Cit.*; p.12

³ VIEITES, Fernando en BERIZONCE, Roberto *Ob. Cit.*; p.12

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; *Diccionario De La Lengua Española*; Decimonovena Edición; Tomo II; Editorial Real Academia Española; Madrid 1970; p.152

⁵ CUETO RUA, Julio C; *Nuevos procedimientos para la resolución de disputas en los Estados Unidos*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1991-B-785. p. 54

- ✦ En forma general, relación de incompatibilidad o de mutua exclusión entre dos o más elementos de un conjunto.

Ahora bien, en este sentido el conflicto que nace de la "pugna" o de "procurar" la obtención de objetivos o intereses incompatibles, lleva en sí un componente de alta emotividad que puede derivar en agresividad, cuando fallan en alguna medida, los instrumentos mediadores con los que hay que enfrentarse al mismo. Así cuando está en juego una tensión de intereses y aparece un conflicto, todo depende de los procedimientos y estrategias que se utilicen para salir de él.

Si se usan procedimientos belicosos, aparecerán situaciones agresivas, que pueden generar violencia, más aún si uno de los contrincantes no juega honestamente y con prudencia sus armas, sino que abusa de su poder luchando por destruir o dañar al contrario, no por resolver el asunto. Eso es violencia, el uso deshonesto, prepotente, y oportunista del poder sobre el contrario sin estar legitimado para ello.⁶

En esta tesitura, el conflicto se entiende como parte de la vida humana y de las instituciones que tiene un componente de agresividad, y cuando no cuenta con los canales adecuados deriva en violencia.

Ahora bien, para nosotros el conflicto será aquella pugna de ideas contrarias y relacionadas que se dan necesariamente entre dos o más personas, que teniendo pretensiones diversas sin ser necesariamente contrarias a derecho, pero que no existe entre ellas un convencimiento simultáneo.

⁶ Cfr. ORTEGA R. Y COLABORADORES; *La Convivencia Escolar: qué es y cómo abordarla*, Consejería de Educación y Ciencia, Junta de Andalucía, pág. 27.

En otro sentido, el conflicto también se le conoce como disputa, sin embargo este sé diferencia de aquel en que la disputa, literalmente hablando es porfiar y altercar con calor y vehemencia; contender, competir, rivalizar.⁷

Debemos tener en cuenta que, muchas veces, el conflicto real no tiene relación directa con el conflicto que se ha manifestado.

Es claro que la asunción del conflicto es una decisión de las personas que es la contrapartida de la decisión de dejar la solución de aquél en manos de un juez, colocando a este tercero la responsabilidad para resolver la controversia planteada.

Participar en los métodos alternativos de resolución de disputas en general y en la mediación en particular implica, al contrario, asumir esa responsabilidad y mantener el conflicto dentro de nuestro propio ámbito sin que perjudique la convivencia.

Todas las sociedades pueden beneficiarse y crecer socialmente si ven los conflictos como sistemas y elaboran programas sistemáticos para la resolución de los mismos.

Por tanto, cuando el conflicto es dirimido por un juez se ve a los otros como adversarios (ganadores o perdedores) y a los perdedores como objetos de sanción más que como sujetos. Los modos más frecuentes de reacción ante un conflicto se exteriorizan mediante conductas combativas o evasivas.

El manejo del conflicto implica una responsabilidad para las partes y su deseo de reformar, reconstruir o alterar el curso natural de los mismos. La violencia, como expresión en el tratamiento de un conflicto, puede erradicar sus potencialidades positivas dando lugar a la ruptura en cualquier clase de relación, sea de trabajo, económica o empresarial, familiar, etc.

⁷ Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; *Ob. Cit.*; Tomo III; p. 490

Por otro lado, si las partes han estado negociando durante un tiempo considerable es claro que se sentirán impotentes para hacer progresos en la resolución de su conflicto y éste a su vez ha aumentado, como consecuencia las partes se sientan más frustradas y al borde del fracaso.

Lo anterior será independientemente de lugar y las características culturales de una sociedad, ya que los conflictos que se desarrollan en ella tienen similares expresiones como las siguientes: las relaciones se deterioran, la comunicación se interrumpe, los sentimientos son lastimados, las actitudes se polarizan, se pierde tiempo y dinero, las partes se sienten heridas, deprimidas, desapoderadas.

Ante la situación planteada anteriormente, podemos decir que los conflictos son muy complejos más aún cuando se presenta como de abrumadora dificultad en su resolución; así que nosotros al proponer que un mediador sea el que intervenga deberá colaborar en la organización de la negociación, por ejemplo, confeccionando temarios, conciliando la descripción de los hechos que realizan las partes, como estudiaremos más adelante, técnicas que ayudan a que las partes en conflicto superen su frustración a tratar de resolver su conflictiva planteada.

1.2 LITIGIO Y CONFLICTO

Debido a que la palabra litigio regularmente suele confundirse con el vocablo conflicto, consideramos importante mencionar algunas de sus definiciones, y en consecuencia sus diferencias.

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la palabra litigio es *“un sustantivo que proviene de las voces latinas lis, litis, y más concretamente equivale a litigium y a lite en italiano que significa disputa o*

alteración en juicio. En el lenguaje clásico forense orare litem era exponer un asunto en controversia"⁸

Litiscontestación, dice Escriche "*es la respuesta que da el reo demandado a la demanda judicial del actor Litiscontestación es el principio del juicio*".⁹

Carnelutti, dice: "*Llamo litigio al conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro*".¹⁰

En este sentido, consideramos que el autor en comento deslinda definitivamente el concepto de litigio de lo que es el proceso y procedimiento. Proceso es un todo y el litigio es parte del mismo, en consecuencia el procedimiento es la forma, el orden y la secuencia que han de observarse en el desarrollo del proceso.

Nosotros definimos al litigio como aquella pretensión jurídicamente tutelada por el derecho de una o más de las partes y la resistencia de la otra o de las otras con relevancia en el ámbito jurídico.

De lo que se desprende que la diferencia que existe entre el conflicto y el litigio es que el conflicto de intereses sólo se convierte en litigio cuando una persona formula contra otra una pretensión, es decir, exige la subordinación del interés ajeno al interés propio; y frente a esa pretensión, la otra parte presenta su resistencia, es decir que se opone a ella negando subordinar su interés propio al interés hecho valer mediante la pretensión.

Los doctrinarios comentan y estando de acuerdo con ello, si ante la pretensión de la primera, la segunda no opusiera resistencia o se subordinara a ella, no surgiría el litigio; el

⁸ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Diccionario Jurídico Mexicano*; Editorial Porrúa; México 2000. p. 2050.

⁹ ESCRICHE en el INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.* p. 2050.

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco en OVALLE FAVELA, José; *Teoría General del Proceso*; Tercera Edición; Editorial Colección Textos Jurídicos Universitarios; México 1997; p.5

conflicto de intereses quedaría resuelto por la sumisión de la persona contra la cual se formuló la pretensión.

Dice Ovalle Favela que cada uno de los elementos del concepto de litigio de Carnelutti son la existencia de dos sujetos: uno que pretende y otro que resiste de un bien jurídico que puede ser material o inmaterial, respecto del cual versan la pretensión y la resistencia. Cada uno de estos sujetos recibe el nombre de parte; con ello se indica más bien su posición que su individualidad, o sea que son uno de los dos sujetos del conflicto y, por lo mismo, que forma parte de un todo. No debemos confundir el sujeto del litigio con el hombre; en los conflictos en que están en juego intereses colectivos, el sujeto del litigio puede ser, en lugar de un hombre un grupo de ellos.¹¹

Sin embargo, para este autor el litigio no es sólo un conflicto de intereses, sino un conflicto jurídicamente calificado, es decir trascendente para el derecho, sin embargo no todo conflicto de intereses es un litigio.

Aunque sabemos que pueden haber conflictos de intereses de carácter económico, social, científico, etc., no necesariamente están tutelados por el derecho, en estos conflictos su solución se haya dejado a la espontaneidad de la vida social, porque no se ha estimado necesario proporcionar criterios ni medios par resolverlos.

Un conflicto, que surja entre dos personas y que no traiga consigo una infracción a las leyes no tendrá el carácter de litigio y por lo tanto no será susceptible de ser sometido a la decisión de un juzgador o de un órgano jurisdiccional del estado, por medio del proceso, de no ser así se puede hablar propiamente de litigio.

Ejemplo de lo anterior tenemos una controversia entre consortes, en donde uno le pregunta al otro el porqué ya no desea sigan juntos y el otro le contesta porque lo ha dejado de amar, por lo tanto sabemos que "*no hay leyes que obliguen a amar*" ni que sancionen por esta

¹¹ Cfr. OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.* p.5

causa, en consecuencia no existe un litigio y este conflicto no se puede resolver ante una autoridad competente. En cambio, si la problemática entre una pareja surge porque uno de los cónyuges cometió el delito de violencia familiar, y uno demanda el divorcio oponiéndose el otro, es entonces cuando existe un litigio, por lo que los interesados podrán someterlo al conocimiento y resolución de la autoridad competente.

De lo que se desprende que el estado de conflicto que caracteriza al litigio, existe antes e independientemente del proceso, y por tanto, no puede entenderse condicionado a la existencia de éste, que es sólo una de las vertientes de solución que para él existen.

Señala Carnelutti que puede haber pretensión cuando el conflicto ha sido ya compuesto en una relación jurídica, así como cuando no lo ha sido. En este caso, la pretensión tenderá al esclarecimiento y la obligatoria composición del litigio en términos jurídicos, en cambio cuando el conflicto ha alcanzado ya esta composición, la pretensión se encaminará a obtener, por parte del obligado, "*la obediencia a un mandato jurídico*".¹²

Entre las voces "*litis*" y litigio, podemos mencionar que el Capítulo Primero del Título Sexto del Código de Procedimientos Civiles contiene dos subdivisiones, la segunda habla "*De la fijación de la cuestión*", en otras palabras de la "*litis*" lo que conduce a pensar en un proceso jurídico necesario para concretar en cada caso sometido a la decisión jurisdiccional las pretensiones del actor y los elementos de resistencia opuestos por el demandado.

Como hemos observado, el concepto de litigio es de gran importancia para el Derecho Procesal, ya que es necesario para determinar cuándo un conflicto de intereses puede ser considerado como un litigio y es susceptible, en consecuencia, de ser sometido al conocimiento y resolución del juzgador, a través de un proceso jurisdiccional, además de que este concepto sirve para delimitar la materia, las condiciones o el tema sobre el cual va a versar el proceso, pues el litigio es precisamente el objeto del proceso.

¹² Cfr. CARNELUTTI, Francesco en OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.* p.5

Se sabe, que puede también hacerse de forma oral la fijación de la "litis" en una junta convocada por el juez, una vez producidos los escritos de demanda y contestación, en la que "en debate oral" las partes concretaran las cuestiones en litigio, verbigracia en los juicios de carácter laboral.¹³

Empero, este concepto de litigio podría aplicarse a cualquier tipo de conflicto, sin tener que recurrir a otras formas de denominación, como lo son aquellos conceptos de controversia o desacuerdo, ni tener que extenderlo hasta hacerlo deliberadamente patrimoniales, a los referidos a bienes o cosas que forman parte del patrimonio de las personas en litigio; si no que hay que relacionarlos también con las funciones que corresponden a las partes.¹⁴

Los medios para solucionar este conflicto de intereses jurídicamente tutelados al que nos hemos referido, desde nuestro punto de vista se clasifican en cuatro grandes grupos y son: la autocomposición, la heterocomposición, la autotutela y otros medios de solución de conflictos, mismos que a continuación estudiaremos.

1.3 FORMAS DE COMPOSICIÓN DE CONTROVERSIAS

Antes de dar comienzo a este tema, debemos señalar que no hay un proceso apto para el tratamiento de todos los conflictos, ya que todos los sistemas requieren mantenimiento, información y evaluación sobre su funcionamiento.

En la historia de las relaciones humanas las diversas opiniones, la diferencia de las mentes y la tendencia del individuo a discutir ha ocasionado, como ya vimos, que el hombre este en constante conflicto; en todos los momentos de nuestra vida que nos podamos imaginar.

Desde la antigüedad se han creado diversas formas de solucionar dichos conflictos; desde la primitiva ley del talión dice Gonzalo Urbarri Carpintero, hasta la implantación de tribunales

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem*

estatales, el hombre siempre estará en pugna con su vecino, con su arrendador, con su cónyuge, etc., con todos con quien se relaciona.¹⁵

Sigue diciendo este autor, que si bien es cierto que hacia fines del siglo pasado los sistemas creados para resolver las diferencias han evolucionado al grado que la jurisdicción estatal cada vez está más preparada y tiene mayores elementos materiales para llevar un buen término su labor, también lo es que la complejidad de las relaciones humanas se hace más evidente, que aun cuando los tribunales estatales deben ser expeditos para impartir justicia, las diferencias y los conflictos rebasan la capacidad de dichos tribunales y que los particulares buscan la justicia más pronta y eficaz, con la intención de medios que colmen sus necesidades y soluciones de manera más civilizada sus controversias.

Coloquialmente hablando, podemos tener una “lluvia de ideas” para solucionar el conflicto y que le son ocurridas también a cada una de las partes en disputa, sin embargo nos encontramos con una serie de formas de resolver conflictos que corresponden al derecho procesal tradicional y otros medios de solución que han surgido derivados de la modernas relaciones jurídico-comerciales en los niveles multinacionales y algunos otros característicos de una cultura anglosajona, mismas que a continuación describiremos.

1.3.1 Autocomposición

Esta palabra es difundida por el maestro Francesco Carnelutti, quien le da dos connotaciones. Autocomposición en sentido lato que según su criterio:

*“Es la solución que al conflicto de intereses (litigio, caracterizado por la pretensión de una de las partes, frente a la resistencia de la contraparte) proporciona uno o los dos contendientes; dicho de otra manera, es el arreglo al pleito proveniente de las mismas partes que tienen disposición de su derecho material”.*¹⁶

¹⁵ Cfr. URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *El Arbitraje en México*; Colección de Estudios Jurídicos; Editorial Oxford; México 1999; p. 1

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco en el INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS; *Ob. Cit.* p. 271

Para Eduardo Pallares, la autocomposición “*consiste en la terminación del litigio por voluntad unilateral o bilateral parcial.*”¹⁷

Alcalá-Zamora y Castillo califica ese medio de solución como altruista, ya que según este autor mediante este medio se hace prevalecer el interés de la otra parte al interés ajeno. Así pues, como analiza este autor, al ser dos sujetos del litigio y tres los de la relación procesal (partes y juzgador), cabe señalar que la actitud altruista que le dé solución autocompositiva proviene del atacante (es decir, de quien deduzca la pretensión), del atacado (quien se oponga o resista a ella) o de ambos, cuando se hagan concesiones mutuas, más o menos equilibradas. Lo que da lugar a las diferentes especies de autocomposición.¹⁸

La autocomposición genérica llamada también por algunos doctrinarios autosolución, se subdivide en: autodefensa y autocomposición, aunque ahora se usa el término en sentido restringido y es la solución a la controversia propuesta (no impuesta violentamente) por uno o por ambos elementos subjetivos parciales (partes) sacrificando su interés jurídico propio; arreglo que es aceptado por la otra parte (algunos autores por eso entienden a la autocomposición como un acuerdo de las partes interesadas para resolver privadamente un pleito, prescindiendo o excluyendo el caso del conocimiento y resolución judicial).¹⁹

El autor José Ovalle Favela, afirma que “*al igual que la autotutela, la autocomposición es un medio de solución parcial, porque proviene de una o de ambas partes en conflicto.*”²⁰

Dice este autor, que la autocomposición es unilateral cuando proviene de una de las partes y, será bilateral cuando tiene su origen en ambas partes. Pero la diferencia de la autodefensa, en que la autocomposición no consiste en la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno, sino por el contrario, en la renuncia a la propia pretensión o a la de la sumisión de la contraparte.²¹

¹⁷ PALLARES, Eduardo en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 3

¹⁸ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 3

¹⁹ Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS; *Ob. Cit.* p. 271

²⁰ OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.*; p. 16

²¹ Cfr. OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.*; p. 16

En esta tesitura, es conveniente apuntar que la autocomposición ha sido considerada también como una forma anormal de dar terminación al procedimiento, ya que no es el fin propio de un proceso jurisdiccional, como señala Rosenberg diciendo que la normal es la sentencia, o como forma de dar fin al proceso de conocimiento señalado por Alcalá-Zamora y Castillo.²²

Como observamos, la autocomposición es calificada por algunos como una actitud parcial (de parte interesada) y altruista, es decir de una de las partes: del atacante en el caso de la renuncia de la acción procesal; o del atacado, en la hipótesis del allanamiento, o de ambos, en la situación de la transacción, por ejemplo que más adelante analizaremos. Por ello se habla de autocomposición unilateral (en la renuncia de la acción y en el allanamiento) y de bilateral (en la transacción).

Empero, cabe examinar cada una de esas figuras típicas autocompositivas y determinar si el sacrificio del interés propio o su renuncia es con un ánimo de dar un fin pacífico al litigio y de beneficiar entonces a la contraparte, o bien pueden ser empleadas para esconder situaciones que no se quieran revelar por quien renuncia.

1.3.2 Desistimiento

La palabra desistimiento proviene de la voz latina “*desistere*” que en términos genéricos se contrae al “*actò abdicatorio*” que lleva a cabo el actor en un juicio y que consiste en el reconocimiento del derecho a demandar con posibilidades de éxito. También podemos decir que es un acto procesal mediante el cual se manifiesta el propósito de abandonar una instancia, o bien de no seguir con el ejercicio de una acción, la reclamación de un derecho o la realización de cualquier otro trámite de un procedimiento iniciado.²³

²² Cfr. ROSENBERG Y ALCALÁ -ZAMORA Y CASTILLO en el INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit*; p. 272

²³ Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit*; 1100

Para Alcalá-Zamora y Castillo el desistimiento es: *“la renuncia a la pretensión litigiosa deducida por la parte atacante y, en caso de haber promovido y al proceso, la renuncia a la pretensión formulada por el actor en su demanda o por el demandado en su reconvención.”*²⁴

A su vez José Ovalle Favela manifiesta que así como el actor expresa su pretensión o reclamación al momento de iniciar el proceso (es decir, en su demanda), el demandado (en la contestación a la demanda) puede no sólo oponer resistencia a la pretensión del actor, sino también aprovechando la relación jurídica procesal establecida, formular su propia pretensión o reclamación contra la parte actora. Esta pretensión del demandado es la que conocemos como reconvención, contrademanda o contraprestación. Por tal motivo, dice este autor que la renuncia a la pretensión en juicio suelen hacerla tanto el actor como el demandado, es decir en su demanda o en la reconvención opuesta.²⁵

Ahora bien, de la interpretación al artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles podemos decir que la renuncia o desistimiento de la acción procesal debe producirse en el periodo probatorio (antes de dictada la sentencia de fondo), sin requerir el consentimiento del demandado al que hay que resarcir de los daños, perjuicios y costas procesales provocados por el actor; ya no podrá volver a intentar nuevo proceso contra el demandado, pues así se ha extinguido de manera permanente la fuerza de ataque.

Debemos separar a la renuncia de la acción procesal de otros medios que no realizan la tarea autocompositiva, como lo son la renuncia de la instancia y el desistimiento de la demanda, en los que no termina el pleito. Por ello resulta acertada la reforma de fecha 10 de enero de 1986, que en el artículo 274 cambió el antiguo texto que hablaba de *“confesión”* por el actual contenido:

“Cuando el demandado se allane a la demanda en todas sus partes o manifestando el actor su conformidad con la contestación de ella, se citará para sentencia, previa ratificación del

²⁴ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; *Proceso, autocomposición y autodefensa*; UNAM; México 1970; p.18

²⁵ Cfr. OVALLE FAVELA; José; *Ob. Cit.*; p. 16

escrito correspondiente, ante el Juez de los autos si se trata de juicios de divorcio, sin perjuicio de lo previsto en la parte final del artículo 271."

Como hemos observado, los autores de derecho procesal han considerado el desistimiento como un acto de autocomposición o forma de resolver amigablemente un proceso; para ellos constituye uno de los modos extraordinarios o anormales como otros le llaman, diferentes de la sentencia, por medio del cual se puede poner fin a la pretensión planteada. Entienden por desistimiento, como la renuncia de la parte actora a los actos procesales o a su pretensión litigiosa, y en general, distinguen cuatro formas en que puede presentarse: desistimiento de la acción; desistimiento de la instancia; desistimiento del derecho, y desistimiento de un acto del procedimiento. Explicaremos con brevedad cada una de estas formas y que corresponden a los tipos de desistimiento que distingue el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

a) El desistimiento de la acción

Es aquella que extingue la relación jurídico-procesal, porque quien la haya intentado deja sin efecto legal alguno su propósito inicial. Sin embargo, puede variar la intención del reclamante según el estado que guarde el procedimiento o la clase de juicio de que se trate: civil, mercantil, penal o de trabajo. El resultado produce la inexistencia del juicio y la situación legal se retrotrae al estado en que se encontraban las cosas antes de iniciarse el pleito.²⁶

b) El desistimiento de la demanda o de la instancia

Distinto del anterior, éste sólo produce la renuncia de los actos procesales realizados, ya que iniciada la acción, lo único que ocurre es que se suspende el procedimiento, por convenir al interés del demandante su abandono para conservar un derecho y dejar subsistente la posibilidad de exigirlo en un nuevo proceso con elementos distintos.

²⁶ Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.*; 1100

El desistimiento de la instancia implica solamente la renuncia de los actos del proceso y deja subsistente la pretensión del actor, pero siempre que lo admita el demandado. En estos casos las cosas vuelven asimismo al estado que tenían antes de la presentación de la demanda, pero quien desiste está obligado a pagar a la contraparte las costas y los daños y perjuicios que se causaren, salvo convenio en contrario.²⁷

Gonzalo Uribarri Carpintero, dice que cuando este tipo de desistimiento se formula antes de emplazar al demandado, no requiere el consentimiento de dicha parte para que el desistimiento (de la demanda) pueda tener eficacia jurídica, sin embargo, cuando el acto formule este segundo tipo de desistimiento después de haberse llevado a cabo el emplazamiento del demandado, exige el consentimiento de éste para que aquél pueda surtir sus efectos (desistimiento de la instancia) Ambos dejan subsistente la posibilidad de que el actor ejerza la misma acción, para someter nuevamente el mismo conflicto al conocimiento del juzgador.²⁸

En este tipo de desistimiento no llega a resolverse ni a solucionarse el litigio, pues las partes de común acuerdo admiten que el proceso se termine sin que esta finalización afecte sus derechos, los cuales pueden replantearse en un proceso ulterior.²⁹

En esta clase de actitud compositiva, el juzgador debe tomar en cuenta que se refiera a los derechos que son renunciables o que pueda disponer libremente el actor, de lo contrario el juzgador no deberá aprobar el desistimiento, o en su caso como en cuestiones de pensiones alimenticias deberá solicitar al actor que se presente a ratificar su desistimiento y a manifestar cuales fueron las causas de la misma, ya que de no convencerlo no tendrá por desistido.

²⁷ *Idem*

²⁸ Cfr. URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 4

²⁹ Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.*; 1100

c) El desistimiento del derecho

Es la abdicación de la pretensión jurídica e implica la renuncia de la acción y la continuación de los trámites del procedimiento, ya que las actuaciones correspondientes no podrían llevarse adelante si se carece de sustentación legal, que es el principio y fin de toda controversia.³⁰

Entre los autores de la materia del Derecho Procesal es discutible el posible desistimiento de un derecho, ya que alegan que el hecho de que se presenten situaciones en las que el derecho resulta irrenunciable, por ejemplo consideran improcedentes el desistimiento del derecho a investigación de la paternidad, el de alimentos que debe proporcionarse a los menores de edad; en las quiebras y en la convención de acreedores los derechos de terceros ajenos; y en materia penal la acción pública una vez iniciada ésta.

Entonces debemos entender que más que el desistimiento de la acción o de la instancia, el desistimiento de determinados actos procesales, en los casos en que una de las partes con el propósito de agilizar el procedimiento y concluir la instrucción del mismo por el juez, renuncia a un privilegio o actuación para permitir la continuación del juicio, o evitar la presentación de incidentes que lo prolonguen.

Esta situación se presenta cuando alguna de las partes desiste del desahogo de una prueba y ajusta el resultado del proceso al contenido de las demás que hayan sido ofrecidas y desahogadas.³¹

Considera el Doctor Alcalá-Zamora y Castillo que este tipo de desistimiento como en cualquier otra forma autocompositiva supone el reemplazo del pensamiento imparcial y suprapartes del juzgador sobre el fondo del litigio por el pronunciamiento parcial e interpartes de uno o de ambos litigantes.³²

³⁰ *Idem*

³¹ *Ibidem*; p. 1101

³² Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, Niceto; *Ob. Cit*; p. 83

Dice Gonzalo Uribarri Carpintero, que de las tres figuras de desistimiento, la única que puede considerarse autocompositiva es la del desistimiento de la acción, porque en rigor significa una renuncia de la pretensión o del derecho, con lo cual se soluciona el litigio, pues sin pretensión no puede subsistir el proceso. Las otras dos formas de desistimiento no son en rigor autocompositivas, porque tratándose del desistimiento de la demanda, el actor está en plena libertad de volver a plantear un ulterior proceso, sin que el derecho de fondo perjudique.³³

De lo que no estamos del todo de acuerdo, ya que si por ejemplo las partes desean transigir (entendiendo a la transacción como una forma autocompositiva), pero después desean modificar dicho contrato seguiríamos hablando de una forma autocompositiva para la resolución de un conflicto, ya que algunas situaciones del ser humano cambian y no son permanentes, como en la materia familiar, que ahora nos ocupa.

1.3.3 Perdón Del Ofendido

Para Ovalle Favela, el perdón del ofendido es semejante al desistimiento de la acción, por sus efectos sobre el contenido del proceso (el litigio) y sobre el proceso mismo, agrega que es la institución conocida como el perdón del ofendido en los delitos que se persiguen por querrela.³⁴

Los doctrinarios del Derecho Penal señalan que el perdón es un acto (en sus variantes de judicial o extrajudicial) posterior al delito, por lo que el ofendido hace remisión o exterioriza su voluntad de que no se comience o no se prosiga el procedimiento contra el encartado.

De acuerdo con algunos autores, el consentimiento del ofendido no es un medio extintivo de la responsabilidad penal, en sentido estricto, sino como sostiene García Ramírez, “una

³³ Cfr. URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 4

³⁴ Cfr. OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.*; p. 20

causa excluyente de incriminación, a título de atipicidad o de licitud, que impide -ab initio-, la integración del delito."³⁵

1.3.4 Allanamiento

Esta forma de autocomposición es considerada "*como la actitud del demandado en que se extingue de manera total la resistencia al admitir los hechos, el derecho y la pretensión de la demanda del actor.*"³⁶

La palabra allanamiento proviene del latín "*applanare*," del adverbio "*ad*" y "*planus*," llano.) Esta palabra recibe dos significados en las disciplinas jurídicas. Por una parte, en el campo procesal, como allanamiento a la demanda, y, por otra en el Derecho Penal, como allanamiento de morada.³⁷

Encontramos opiniones en el sentido de que el allanamiento a la demanda es una actitud que puede asumir el demandado capaz a una demanda judicial en la que se conforma expresa e incondicionalmente con el contenido de la pretensión que se le reclama.

Por su parte Ovalle Favela refiere, que en el Derecho Procesal, la palabra allanamiento: "*designa la actitud autocompositiva propia de la parte demandada, consistente en aceptar o en someterse a la pretensión de la parte actora, de la parte atacante.*"³⁸

Refiere este autor que cuando el demandado se allana o se somete a la pretensión de la otra parte, no opone una resistencia frente aquélla, por lo que no llega a existir un litigio.

³⁵ GARCÍA RAMÍREZ, en el INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.*; 2383

³⁶ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.*; p. 272

³⁷ Cf. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.*; p. 272

³⁸ OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.*; p. 21

El allanamiento como el desistimiento constituye un acto de disposición de derechos, por lo que solamente podrá tener eficacia cuando se haga sobre derechos renunciables, por lo que de esto depende de la aprobación del juzgador.

Algunos doctrinarios defienden la idea de que se debe distinguir al allanamiento de otras figuras que no concluyen el litigio, como la confesión, el reconocimiento y la sumisión.

La confesión se da cuando se admiten como ciertos los hechos expresados en la demanda; el reconocimiento, cuando se aceptan los fundamentos de derecho; y la sumisión cuando sin reconocerse ni derecho o hechos simplemente no se hace nada para cambiarlo.³⁹

Cipriano Gómez Lara, al igual que Ovalle Favela, señala que el allanamiento es distinto de la confesión. Ésta es el *"reconocimiento de los hechos propios del que declara, o sea, tanto del actor como del demandado o de aquel que resiste la pretensión. Puede haber allanamiento sin confesión o confesión sin allanamiento"*.⁴⁰

Por su parte Alcalá-Zamora y Castillo define al allanamiento *"como el reverso del desistimiento, o sea es el reconocimiento y sumisión de la parte atacada a la pretensión litigiosa que se dirige contra ella."*⁴¹

1.3.5 Transacción

La palabra transacción proviene del latín *"transactustio," "transactionis,"* derivado de *"transactus,"* participio de *"transigere,"* que significa *"hacer pasar a través de" "concluir un negocio"*.⁴²

³⁹ Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.*; p. 272

⁴⁰ GÓMEZ LARA, Cipriano; *Teoría General del Proceso*; 8ª Edición; Editorial Harla; México 1990; p. 29.

⁴¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; *Ob. Cit.*; p. 10

⁴² INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.*; p. 3123

La transacción de acuerdo con el artículo 2944 del Código Civil para el Distrito Federal, es una fórmula autocompositiva bilateral (contrato), en el cual ambas partes se hacen concesiones recíprocas para dirimir una controversia presente o para prevenir una futura.

Para Gonzalo Uribarri Carpintero:

“la transacción es un medio autocompositivo bilateral; mediante ella, las dos partes solucionan el litigio al renunciar parcialmente a su respectiva pretensión y resistencia, es decir, debe implicar una renuncia o concesión equilibrada de cada parte.”⁴³

Cipriano Gómez Lara dice que la transacción es *“un negocio jurídico a través del cual las partes, mediante el pacto o acuerdo de voluntades, encuentran la solución de la controversia o litigio.”⁴⁴*

Como ya analizamos, la *“litis”* de un negocio ventilado ante un juez puede concluir por un acto unilateral del reconocimiento, en donde una de las partes acepta la presunción de la otra en la transacción, en cambio hay un acuerdo de voluntades entre las partes destinado a dar, retener o prometer con el objeto de evitar o terminar un conflicto.

En vista de que la transacción no opera únicamente sobre las pretensiones de un litigio, sino que en ocasiones crea nuevos nexos que modifican o extinguen las relaciones preexistentes, se dice que la transacción no sólo tiene efectos declarativos sino también constitutivos de derechos. Es un contrato formal, que de acuerdo a nuestra legislación debe constar por escrito.

Así, el artículo 2946 del Código Civil señala que son incapaces para transigir: los ascendientes y tutores en nombre de las personas que tienen bajo tu potestad o su guarda, a no ser que la transacción sea necesaria o útil para los intereses de los incapacitados y previa

⁴³ URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 6

⁴⁴ GÓMEZ LARA, Cipriano; *Ob. Cit.*; p. 29

autorización judicial; asimismo la fracción II del artículo 2587 exige al procurador poder o cláusula especial para transigir.

En estos términos la propia legislación exige que no se puede transigir:⁴⁵

- a) Sobre delito, dolo y culpa futuros; sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros. Por lo que la transacción sobre acción civil proveniente de un delito es válida sin que por ello extinga la acción pública para la imposición de la pena.
- b) Sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio. Sin embargo, sabemos que es válida la transacción sobre derechos pecuniarios que de la declaración del estado civil pudieran deducirse a favor de una persona, en este caso la transacción no importa la adquisición del estado.
- c) Sobre sucesión futura, ya que se considera que equivaldría a limitar la libertad del testador.
- d) Sobre la herencia, antes de visto el testamento, pues la voluntad del autor de la sucesión sería vulnerada, y
- e) Sobre el derecho de recibir alimentos, pero sí sobre las cantidades debidas.

De lo anterior se desprende, que la transacción recae únicamente sobre los derechos disponibles, y no sobre cuestiones de orden público y objetos que no están en el comercio.

La transacción equivale a cosa juzgada, la ley civil dice que: "*La transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada*" (artículo 2955 Código Civil).

⁴⁵ Ver artículo 2950 del Código Civil para el Distrito Federal.

Sin embargo no es válida sobre un negocio que está decidido judicialmente por sentencia irrevocable, ya que al decirse que la transacción equivale a cosa juzgada, en realidad está señalándose que tiene la fuerza de un contrato y que obliga a las partes a lo estipulado.

En consecuencia la transacción puede nulificarse o rescindirse en los casos en que opere la nulidad o rescisión (artículo 2953 del Código Civil). Si la transacción se hiciese en razón de un título anulable la nulidad podría recaer sobre aquella, a no ser que las partes la hubiesen celebrado para tratar de convalidar el acto anulable.

Si las partes conocen la nulidad del título o la disputa versa sobre esa misma nulidad, la transacción opera válidamente, a no ser que los derechos no sean renunciables; por la misma razón es nula la transacción que se funde en documentos que después han resultado falsos por sentencia judicial o cuando apareciesen nuevos títulos o documentos que de mala fe hubiesen sido disimulados por una de las partes (artículos 2956 y 2957 del Código Civil para el Distrito Federal).

En este aspecto es importante aclarar lo dispuesto por el artículo 2958 del multicitado Código Civil, al referirse que *“es nula la transacción sobre cualquier negocio que esté decidido judicialmente por sentencia irrevocable ignorada por los interesados”*, por lo que nosotros consideramos que a *“contrario sensu”* será válida aquella transacción celebrada aún cuando exista un negocio resuelto por sentencia judicial irrevocable si ésta es conocida por las partes, situación que sería una limitación para la mediación cuando esta se resuelva por un contrato de transacción.

Lo anterior, nos da más herramientas para recomendar la mediación que va más allá de estas limitaciones cuando lo único que se pretende es resolver una conflictiva de carácter familiar como veremos más adelante al analizar en forma el tema de la figura mediación.

Por otro lado, sabemos que el contrato de transacción puede colocar los derechos controvertidos a mediadores, árbitros o jueces privados, en el segundo caso, el contrato pactado se denomina compromiso en árbitros.

1.3.6 Negociación

Negociar es una actividad habitual en nuestras vidas, y ante un conflicto la primera actitud que deberíamos tener es la de hablar con la otra parte intentando resolverlo.

La negociación se considera como:

“la actividad que despliegan dos o más partes cuando, a pesar de tener intereses en conflicto, poseen también una zona de conveniencia mutua donde las diferencias pueden resolverse. Cada persona tiene su teoría implícita de negociación, aunque existen distintos métodos que son aplicados por otras tantas escuelas.”⁴⁶

Por su parte Win Win señala que *“negociar significa alcanzar un acuerdo beneficioso para ambas partes.”⁴⁷*

La negociación ha dado lugar al desarrollo de un amplio marco teórico donde se proponen estrategias, que devienen útiles analizar para aplicarlas al ámbito familiar.

Para Nicolás Palacios la negociación *“es un procedimiento por el cual las partes intentan resolver sus conflictos sin la intervención de un tercero.”⁴⁸*

⁴⁶ BID-CCB; Una Visión Racional y Estratégica de la Negociación, Capítulo 3, Bogotá, 1999.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ NAVARRO Javier; *Expansión y Empleo; Técnicas de negociación*; Consultor senior de AT Kearney.

Para Roger Fisher negociar *"es una relación entre dos o más personas, con la esperanza de obtener mejores resultados a través del intento de influenciarse entre ellas que de otro modo."*⁴⁹

La negociación implica que las partes asumen control de sus disputas sin la intervención de un tercero. *"La negociación es un medio básico para lograr lo que queremos de otro. Es una comunicación de doble vía para llegar a un acuerdo con otra persona cuando Ud. y otra persona comparten algún interés común, pero también comparten intereses opuestos."*⁵⁰

Por nuestra parte, diremos que la negociación es un proceso que tiene lugar directamente entre las partes, sin ayuda ni facilitación de terceros y no necesariamente implica disputa previa. Es un mecanismo de solución de conflictos de carácter voluntario, predominantemente informal, no estructurado, que las partes utilizan para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable.

Como observamos, los autores coinciden en ver a la negociación como un proceso de:

- ✦ Resolución de conflictos en el que no se acude a la fuerza;
- ✦ Comunicación;
- ✦ Mutua influencia;
- ✦ En el que deben analizarse las relaciones de poder
- ✦ Habilidad de solucionar conflictos y crear acuerdos.
- ✦ Proceso de resolución de problemas y creación de valor.
- ✦ Forma básica de obtener lo que se quiere de otros.

El método de negociación desarrollado por el Programa de Negociación de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard:

⁴⁹ FISHER ROGER, Ury W. y. PATTON, Bruce: *"Sí... ¡De acuerdo!"*. Grupo Editorial Norma, 5ta reimpresión. Colombia 1996. Pág. XVII

⁵⁰ BUSH, Robert; FOLGER Joseph: *"La promesa de la mediación"*, Granica, Barcelona, 1996.

“Consiste en decidir los problemas según sus méritos; sugiere que se busquen ventajas mutuas siempre que sea posible, y en caso de conflicto de intereses debe insistirse en que el resultado se base en algún criterio justo. El método no emplea trucos ni poses.”⁵¹

Cabe señalar, que cada negociación es diferente, pero los elementos básicos no cambian. La negociación es un proceso que prioriza el protagonismo, la consideración de los intereses y la generación de opciones de las partes en un marco de confidencialidad. Se trabaja cooperativamente a fin de llegar a una solución en la que los intereses de ambas partes queden satisfechos.

Se trata de una habilidad sustentada en una técnica que puede aprenderse, desarrollarse y mejorarse, para lo cual es necesario conocer los principios en los que se basa. Los conocimientos necesarios para negociar deben sistematizarse.

Una negociación debe planificarse, además de que encararla requiere tener un marco para pensar organizadamente, para lo cual es necesario, a la vez, considerar no sólo los propios objetivos sino también los de la otra parte, y algunas veces pensar en ceder en alguna de sus pretensiones. Algunos especialistas aconsejan que una vez clarificados los intereses personales se determinará sobre qué aspectos se estará dispuesto a ceder y cuánto. Para todo esto deben diseñarse estrategias.

1.4 LA HETEROCOMPOSICIÓN Y LOS DIFERENTES SISTEMAS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN

José Ovalle Favela afirma que *“en la heterocomposición, la solución al conflicto es calificada como imparcial porque no va a ser dada por las partes, sino por un tercero ajeno al litigio, u tercero sin interés propio en la controversia”*.⁵²

⁵¹ BERIZONCE, *Ob. Cit.*; p.12

⁵² OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.*; p. 25

A su vez, para Gómez Lara “*implica la intervención de un tercero ajeno e imparcial al conflicto*”.⁵³

Históricamente, las partes dentro de un conflicto recurrían a la opinión de un tercero, quien de forma amigable trataba de avenirlos. Esta composición surge de un pacto por cuyo medio las partes admiten acudir a la opinión de un tercero, pero esta opinión, la del tercero, no es aún vinculatoria ni obligada para los contendientes, y sólo podrá avenirlos, es decir hacerlos que lleguen a un pacto de transacción, a un desistimiento o a un allanamiento. Lo que da fuerza a la opinión de este tercero es la propia voluntad de las partes para acatarla o no.

Como hemos observado existen varios principios de los diversos sistemas de resolución de conflictos según su diseño, y diferentes según las particularidades de cada uno de ellos, por lo mismo no hay un proceso apto para el tratamiento de todos los conflictos.

Por otro lado, los procedimientos de Resolución Alternativa de Disputas (R.A.D.),⁵⁴ que también se denominan métodos de Resolución Alternativa de Disputas se incluyen a aquellos caminos distintos a los Tribunales para resolver los conflictos. Algunos autores consideran que la terminología correcta sería métodos “adecuados” ya que, para cada conflicto puede existir un camino para su administración o resolución.

Este movimiento, pensado originariamente como una alternativa al juicio para resolver los conflictos, actualmente se ha extendido a otras áreas como la empresarial, laboral, escolar, familiar, etc.; ampliando su perspectiva en el sentido de obtener una adecuada gestión del mismo, entendiendo por ello no sólo su resolución sino también su prevención y administración.

El movimiento R.A.D. surge en aquel que busca un sistema menos costoso que el litigio para resolver los conflictos, más rápido y que permita mantener el control sobre el resultado no

⁵³ GÓMEZ LARA, Cipriano; *Ob. Cit.*; p. 32

⁵⁴ Cfr. ORTEGA R. Y COLABORADORES; *La Convivencia Escolar: qué es y cómo abordarla*, Consejería de Educación y Ciencia, Junta de Andalucía, Pág. 27.

arriesgándose a una decisión todo-nada que implica un veredicto judicial. Por otra parte, el litigio judicial generalmente lleva a la destrucción de la relación comercial.

Las Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos (TARC): Traducción de la sigla ADR (Alternative Dispute Resolution) es utilizada por los Estados Unidos desde la década del setenta para describir la multiplicidad de mecanismos posibles que presentaban gran utilidad para resolver las controversias entre las personas, al margen del tradicional sistema adversarial de los tribunales de justicia. Los participantes del proceso tienen intervención directa sobre su elección.

Sin embargo, el tipo de medio alternativo que se elija dependerá de algunos factores, como por ejemplo, la situación económica, la complejidad del caso, el deseo de participar en forma activa o con la colaboración de un asesor.

Los medios alternos más usuales son: el arbitraje y la mediación, por su parte Ovalle Favela, señala otras especies de composición diversos al proceso, o como les hemos llamado a los Medios Alternativos de Solución de Controversias o Técnicas Alternativas de Solución de Conflictos como son: la mediación, conciliación, arbitraje y Ombudsman, los cuales a continuación analizaremos.

1.4.1 Amigable Composición

Antes de explicar a que nos referimos cuando hablamos de “*amigable composición*” es conveniente mencionar, que la palabra “*amigable*” etimológicamente procede del latín que “*amicabilis*”, que significa “*lo amistoso, propio de amigos.*”⁵⁵

Por lo anterior, es considerada como una forma de solucionar conflictos de intereses entre las partes por obra de terceros amigos de ambas, sin sujetarse a procedimientos a normas de

⁵⁵ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.* p. 84

derecho ya establecidas, por tanto apegándose en su decisión, únicamente en la equidad y la buena fe.⁵⁶

Sabemos que es una de las más antiguas figuras de heterocomposición, de calidad un “tanto patriarcal”, debido a que surge en el seno de los grupos tan pronto como éstos alcanzaron un grado de evolución suficiente para comprender la conveniencia de abandonar el uso de la violencia y a poner en manos de amigos la composición pacífica de los conflictos.

La amigable composición es considerada como una institución independiente de toda exigencia de rutina y operante en términos de equidad; de lo que resumimos los amigables compondores han de nombrados por las partes, a diferencia de la figura del arbitraje y de la mediación, que más adelante veremos.

Hay discusión entre lo estudiosos del Derecho Procesal acerca de su naturaleza, ya que entraña una relación contractual y obliga a las partes con la misma fuerza que es propia de las relaciones contractuales de Derecho Privado.⁵⁷

Por lo que, no fue hasta la entrada en vigor del Código de Procedimientos Civiles, el primero de octubre de 1932, cuando quedó suprimido el tratamiento de la amigable composición en capítulo aparte del consagrado al arbitraje. En este ordenamiento únicamente el artículo 628 dispone simplemente, que puede encomendarse a los árbitros en el compromiso, la amigable composición o el fallo en conciencia, con lo que consuma nuestro legislador, la identificación entre arbitraje y amigable composición sin que por ello, repetimos, se borren las características tradicionales, de esta última que el intérprete debe respetar.⁵⁸

⁵⁶ *Idem*

⁵⁷ *Idem*

⁵⁸ *Idem.*

De lo que concluimos que seguramente éste cambio se originó al poco empleo de la amigable composición en nuestros días, como ya estudiaremos al tratar el tema de la mediación.

1.4.2 Arbitraje

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM la palabra arbitraje proviene del latín “*arbitratus*” “*de arbitror*”, que significa: arbitraje.⁵⁹

Por su arte Carnelutti, dice que el arbitraje es:

*“Una forma heterocompositiva, es decir, una solución al litigio, dada por un tercero imparcial, un juez privado o varios, generalmente designado por las partes contendientes (en ausencia de su consentimiento el nombramiento será hecho por el juez público nacional), siguiendo un procedimiento que aunque regulado por la ley adjetiva tiene un ritual menos severo que el del procedimiento del proceso jurisdiccional. La resolución por la que se manifiesta el arreglo se denomina laudo, cuya eficacia depende de la voluntad de las partes o de la intervención judicial oficial, según las diversas variantes que se presenten.”*⁶⁰

José Becerra Bautista considera al arbitraje como un sustitutivo de la jurisdicción, dice que etimológicamente el vocablo árbitro proviene del latín “*arbitrer*” definido como: “*arbiter est honoris causa deligibur ab his siam dirimat*,” es decir, árbitro es el acogido, en virtud de honoríficas razones, por aquellos que tienen una controversia, para que la dirima basada en la buena fe y en la equidad.⁶¹

⁵⁹ *Ibidem*; p. 198

⁶⁰ CARNELUTTI en el INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; p. 198

⁶¹ Cfr. BECERRA BAUTISTA; *El Proceso civil en México*; 5ª edición; Porrúa; México; 1975; p. 741

Por su parte Gonzalo Uribarri Carpintero menciona que el arbitraje es *“una institución jurídica que permite a las partes confiar la decisión de una controversia a uno o más particulares. Es un antecedente del proceso jurisdiccional.”*⁶²

El maestro Ovalle Favela asevera que:

*“En esta especie de heterocomposición, el tercero al que se denomina árbitro no se va a limitar a proponer la solución a las partes, sino que va a disponer dicha solución a través de una resolución obligatoria para las partes, a la que se le conoce como laudo.”*⁶³

Para Roberto O. Berizonce el arbitraje:

*“Es un procedimiento en el cual la decisión de la disputa se delega en un tercero (árbitro). Las partes plantean sus posiciones, se puede producir pruebas o no y se dicta un laudo. De alguna manera comparte similitudes con el juicio aunque permite una resolución más rápida”.*⁶⁴

Por nuestra parte el arbitraje será considerado como un método de resolución de conflictos alternativo del judicial, ya que se trata de un mecanismo mediante el cual estos conflictos pueden ser resueltos por particulares que no revisten la calidad de jueces estatales.

Se trata, por tanto a diferencia de la amigable composición, de una jurisdicción privada (individual o colegiada), aunque los árbitros desempeñen una función pública como órganos de actuación del derecho, se trata, según esto, del ejercicio privado de una función pública instituida por voluntad de las partes o por decisión legal, por la que se desplaza la potestad de juzgar hacia órganos diferentes de los tribunales estatales.

Es claro que como procedimiento es similar a un juicio, en el sentido de que es un tercero quien decide sobre el caso que se le presenta y las partes aceptan esa decisión, que en este caso

⁶² URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 17

⁶³ OVALLE FAVELA, José. *Ob. Cit.*; p. 28

⁶⁴ BERIZONCE, Roberto. O; *Ob. Cit.*; p. 5

es un laudo, pero no existe comunicación directa entre las partes sino a través de los abogados que hacen su presentación ante el árbitro.

1.4.3 Mediación

A reserva de que en los Capítulos II y III siguientes, estudiaremos en un sentido más amplio la eficacia de la mediación como proceso de gestión de conflictos familiares, veremos desde un punto general que la mediación promueve el protagonismo de las partes involucradas, con asesoramiento letrado, negociando según sus propios intereses. Además de que busca la solución pacífica del conflicto, agilizando trámites y bajando costos.

Oswaldo Alfredo Gozáni señala que *"mediar es interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unidos en amistad"*.⁶⁵

En sentido amplio puede afirmarse que el uso de la mediación, contribuye a generar un cambio en la conducta de las relaciones humanas facilitando una mejor calidad de vida y promoviendo la paz social.

En este contexto, para nosotros, la mediación constituye un procedimiento no adversarial y pacífico de resolución de conflictos, tendiente a lograr un acuerdo rápido y económico en términos de tiempo, dinero y esfuerzo, objetivo difícil de conseguir cuando los conflictos deben dirimirse vía judicial.

Por su parte Marinés Suárez, señala que la mediación es:

"Es un procedimiento voluntario y confidencial de resolución de disputas, donde un tercero neutral – el mediador- conduce un proceso de negociación asistiendo a las partes para que

⁶⁵ GOZÁNI, Oswaldo Alfredo; en URRIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 8

*puedan poner de manifiesto sus verdaderos intereses y así arribar a un acuerdo, que favorezca a ambas.*⁶⁶

Por otro lado Rubén R. Calcarretera asevera que:

*"La mediación es un proceso negocial que con dirección de un tercero neutral, que no tiene autoridad decisional, busca soluciones de recíproca satisfacción subjetiva y de común ventaja objetiva para las partes, a partir del control e intercambio de la información, favoreciendo el comportamiento colaborativo de las mismas".*⁶⁷

Otros autores la definen como:

*"Un sistema de negociación asistida, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial que actúa como favorecedor y conductor de la comunicación. Los interesados asumen su protagonismo en la búsqueda de alternativas posibles de solución y controlan por sí mismas el proceso cuyo desarrollo es rápido e informal. La decisión a la que eventualmente arriben es elaborada por ellas mismas y no por un tercero, como en el caso de un pronunciamiento judicial.*⁶⁸

Algunos órganos internacionales de mediación señalan que *"es un procedimiento en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a resolver sus conflictos-Negociación asistida por un tercero."*⁶⁹

Como hemos observado, se trata de una instancia voluntaria, en la cual asisten las partes interesadas solas o, en su caso, asistidas por sus abogados. Su objetivo primordial es superar el conflicto, arribando a un acuerdo que evite la necesidad de recurrir a los tribunales de justicia.

⁶⁶ SUAREZ, Marínés; *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Ediciones Paidós, Buenos Aires, 1996. p.5

⁶⁷ CALCATERA; Rubén R. *La Ley: Suplemento de Resolución de Conflictos*, Buenos Aires, 1996; pág.11

⁶⁸ ACLAND, Andrew Floyer; *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Barcelona, 1990. p.8

⁶⁹ <http://www.mediacioneducativa.com.ar/>; página consultada el día 10/02/02

Es un proceso donde no existen ganadores ni perdedores, pues todos los interesados se benefician de los acuerdos que se logren. Por otra parte, la mediación evita que las relaciones personales y comerciales se deterioren o destruyan como consecuencia de la tramitación de prolongados juicios.

En general, podemos decir que es un procedimiento en el cual, las partes, ayudadas por un tercero que no tiene facultades de decisión, intentan resolver un conflicto.

Se puede llegar a ella, a solicitud de cualquiera de las partes o de un organismo privado o público; y en algunos países, por un órgano jurisdiccional.

La mediación tiene un sentido más cooperativo: no existen formulas sacramentales que hagan nula su procedencia. El mediador, no busca respuestas que resuelvan el objeto en conflicto, sino el acercamiento de las partes hacia disposiciones libres y voluntariamente concertadas que aligeren sus diferencias previas. La idea es eliminar en el enfrentamiento el pensamiento de que el otro es un adversario por derrotar; se trata de considerarlo como alguien con quien han de encontrarse coincidencias, pues con él debemos continuar en relación y convivencia social.

Lo dicho por Osvaldo Gozáini es realmente digno de comentar cuando afirma:

“Entre el juez y el mediador hay una gran y sutil diferencia -y aun podríamos decir que también se observa esta distinción entre el juez y el negociador y entre el juez y el conciliador y el árbitro por supuesto- y consiste en que el juez sobre todo en nuestro sistema judicial no llega a conocer a las partes personalmente sino sólo en el “papel”, decidiéndose en definitiva un conflicto de personas en el que para él sólo existieron sus nombres, impresos en papeles.

Donde se hallan mayores diferencias es con el proceso judicial. Los jueces. Manejan las facultades y deberes que se potencian en los nuevos códigos adjetivos. Persisten con sus actitudes pasivas; son decisivos a la hora de dictar sentencias y recién allí conocen la médula del conflicto; a veces, ni siquiera saben quiénes son las partes porque quizá jamás lleguen a ver-

las. El juez es un tercero imparcial e independiente. Su pronunciamiento tiene. Por tanto insípida decisión del neutral desinteresado."⁷⁰

Sin embargo, el mediador tiene una sabiduría técnica: él sabe cómo aproximarse al conflicto. No resuelve, sino sólo sugiere caminos o alternativas. Tampoco asesora ni dictamina; es únicamente un tercero que intercede entre los contradictores para ayudados a encontrar un acuerdo mutuamente satisfactorio.⁷¹

a) Objetivo de la Mediación

A través de la mediación, Gozáini afirma que el objetivo de la mediación es incorporar la denominada *justicia coexistencial*, en la cual el órgano actuante "acompañe" a las partes en conflicto, orientándolas con su consejo en la búsqueda racional de respuestas superadoras de la crisis.⁷²

Se trata de establecer un criterio de equidad social distributiva, en el que lo más importante es mantener situaciones duraderas entre individuos y grupos, en vez de estancar una solución aislada, con rígidas aplicaciones jurídicas de razón y sin razón.

La clásica postura enfrentada del proceso judicial se abandona por una metodología distinta, en la que el mediador se reúne con las partes por separado, o con ambas a la vez, para ayudarlos a obtener un acuerdo. La flexibilidad de sus métodos permite que la materia sobre la cual trabaje le indique las respectivas conveniencias del obrar.

b) Ventajas de la mediación

Como sistema y de acuerdo con Uribarri Carpintero⁷³ la mediación reporta las siguientes

⁷⁰ Cfr. GOZÁINI, Osvaldo; en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 10

⁷¹ *Idem*

⁷² *Ibidem*; p. 8

⁷³ URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 10

ventajas:

- ✦ Es amistoso para las partes y se utiliza un lenguaje sencillo.
- ✦ Es flexible, gracias a su relativa formalidad, de modo que permite adecuarlas a las circunstancias y a las personas.
- ✦ Mantiene relaciones en lugar de destruirlas.
- ✦ Permite encontrar soluciones basadas en el sentido común; si no logra un acuerdo, por lo menos posibilita poner de manifiesto la situación creada y la pos de la otra parte.
- ✦ Produce acuerdos creativos, pues cambia las *reglas* del juego. El mediador trabaja conjuntamente con las partes para generar todas las opciones posibles y solucionar el conflicto en busca de arreglos.
- ✦ Las partes pueden mantener el control de sus intereses y de los procedimientos durante todo el tiempo de la mediación.
- ✦ Comparado con el proceso judicial, es reducido en sus costos.
- ✦ De igual manera, es reducido en el tiempo.

Como proceso de gestión de solución de conflictos y siguiendo la opinión del citado autor la mediación envuelve las siguientes ventajas:

- ✦ Tiene una naturaleza voluntaria.
- ✦ Es un acto puramente voluntario de las partes.
- ✦ Hasta en casos de apremio del tribunal, la resolución está en manos de las partes y de sus consejeros (abogados).
- ✦ El proceso, con su informalidad y flexibilidad, es práctico y con un mediador experimentado no ofrece ningún riesgo, pero incrementa la posibilidad de una conciliación, aun cuando la mediación no produzca una conciliación en el acto.
- ✦ Da la facultad a las partes para resolver las controversias de una manera más pronta y económica, antes de que la sombra de un juicio fuerce a una conciliación.
- ✦ No conlleva riesgos en virtud de que las partes tienen la opción de transigir en primer término sin llevar a cabo un procedimiento judicial ni interferir de alguna manera con esa

instancia.

- ✦ La promesa que se haga a las partes en una mediación es que, en vez de llevarlas a una resolución final sobre su controversia, su caso se llevará a un punto más cercano a la conciliación. De cualquier manera, no se dañará la posición de ninguna de las partes.
- ✦ Da una resolución más rápida y económica.
- ✦ Es invariablemente más rápida que cualquier procedimiento judicial.
- ✦ Conlleva un rango ilimitado de soluciones.
- ✦ Las soluciones disponibles a través de los procedimientos judiciales son limitados por estatuto, ley o tradición legal (por ejemplo: daños monetarios, mandato judicial y sentencia declarativa).
- ✦ Ofrece el más amplio rango para soluciones creativas de una disputa.
- ✦ Las partes crean las soluciones y saben mejor que nadie qué va a funcionar y qué no.
- ✦ No hay restitución al rango de soluciones: cualquier cosa sobre la que las partes se hallen de acuerdo es aceptable.
- ✦ Hay muchas alternativas para un pago a precio alzado, incluidos los arreglos para pagos a través del tiempo con intereses sobre el saldo insoluto, los arreglos en especie, las opciones de compra de todo o parte de un negocio, la adjudicación de derechos o los establecimientos de un nuevo acuerdo de negocios.
- ✦ Tiene la capacidad para lograr conciliaciones constituidas sobre el interés, que faculta a las partes a dar mejores soluciones.
- ✦ Crea distintas posibilidades.
- ✦ Evita el problema de instruir al juez.
- ✦ Al no haber juez, las partes tienen la carga de la toma de decisión, de modo que deben analizar los asuntos y dar soluciones.

c) Características

Edith Barnett,⁷⁴ en una visión de la figura más acorde con el Derecho Estadounidense establece las siguientes características de la mediación:

⁷⁴ BARNETT, Edith; en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 11

- ✦ A diferencia de otras formas de composición, el mediador actúa como un "amortiguador", pues no decide quién está bien o quién se encuentra equivocado o quién ganará o perderá.
- ✦ El propósito de la mediación no es obtener un ganador o un perdedor, sino conseguir un arreglo; para ello, ambas partes deben sentir que ya son ganadoras en alguna forma ejemplo: ganan más con un arreglo que llevando el caso a un juicio.
- ✦ En vez de arbitrar una pelea, el mediador debe conservar a las partes tan como le sea posible de una lucha y encauzados a la reconciliación.
- ✦ El procedimiento en la mediación consiste en que las partes y el mediador están reunidos en el mismo cuarto o sala, lo suficientemente espacioso para cada una a fin de que describan al mediador de modo breve su punto de vista del caso.
- ✦ No se trata de una audiencia pública, pues todo lo que en ella se diga es confidencial, a efecto de que las partes estén más abiertas con el mediador.
- ✦ El mediador no puede discutir el caso con ninguna persona, ni divulgar a una de las partes lo que la otra le haya dicho sin permiso expreso para hacerlo.
- ✦ Las partes deben estar de acuerdo en que las evidencias (pruebas) sobre lo establecido en la mediación o su procedimiento no sean admisibles en ninguna corte, a menos que convengan lo contrario.
- ✦ El mediador no puede ser citado o llamado como testigo y revelar los procedimientos de la mediación en que intervino, para ningún procedimiento posterior que las partes inicien o lleguen a iniciar.

Por lo anterior, debemos considerar que, si bien es cierto no puede ser testigo en ningún juicio pero si dictar recomendaciones cuando el juez lo solicite, más aún cuando el mediador constituya aquel adscrito a una dependencia pública.

d) Medidas básicas en la mediación

Desde el punto de vista más práctico de la mediación, podemos estudiar algunos aspectos útiles de acuerdo con el mismo Derecho Estadounidense. Debe empezarse la manera en que se

ha de planear la mediación:⁷⁵

- ✦ Evaluación objetiva del caso.
- ✦ Reunión de la información que se requerirá.
- ✦ Determinar qué resultados quieren y necesitan las partes.
- ✦ Establecer metas apegadas a la realidad.
- ✦ Recordar que el ambiente en que se verifica la mediación debe ser agradable pero sin exageraciones.
- ✦ Prever en qué momento continuar o concluir con la mediación.
- ✦ Establecer una agenda.

Tales medidas, en opinión de Gonzalo Urribari debe reunir las el mediador a quien corresponda celebrar una sesión, y tener siempre presente que las sesiones han de celebrarse en un ambiente de cordialidad y respeto.⁷⁶

Conforme al Diccionario de la Lengua Española el término proponer significa "*manifestar con razones una cosa para conocimiento de uno o para inducir a adoptarla*".⁷⁷

De acuerdo con todo lo analizado respecto a la mediación, la definición del diccionario se ajusta a lo que hace el mediador: manifestar razonadamente una cosa e inducir a que se adopte.

En relación con el vocablo disponer, el Diccionario de la Lengua Española emplea varios significados, el más representativo de los cuales, para la labor del autocomponedor, radica en "*preparar o prevenir*", precisamente prevenir una controversia o conflicto.

Por último, según dicho diccionario, la palabra *imponer*, adjudicada a lo que el juez realiza como labor cotidiana, significa, para lo que interesa resaltar, "poner carga, obligación u otra cosa" y "hacer uno valer su autoridad o poderío".

⁷⁵ URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 12

⁷⁶ Cfr. URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 12

⁷⁷ *Diccionario de la Lengua española*; 2ª edición; Espasa Calpe; Madrid, 1992, p. 455

Barnett, señala que el procedimiento de mediación comienza, por lo general, con una junta inicial con las partes, y posteriormente tiene lugar una reunión con cada parte por separado y en privado.⁷⁸

En estas reuniones, el mediador tratará de hacer lo siguiente:

- ✦ Encontrar el problema real que concierne a cada parte y buscar los términos en que se podría llegar a un arreglo.
- ✦ Ayudar a las partes a que eventualmente lleguen a establecer un arreglo económico.

Según lo expuesto por Gozaíni y Edith Barnett, confirmamos en este sentido que las partes que tienen frente a sí un conflicto están predisuestas anímicamente a contender en la vía judicial, a menos que haya una intervención de un tercero que las inste, razonada y de forma civilizada, a lograr un acuerdo que impida el rompimiento del orden social; así, cuando hay ruptura o conflicto de intereses, el orden social se ve amenazado, y el Estado tal vez deberá entrar a la escena del conflicto y dirimir la controversia con su “*imperium*.”⁷⁹

Las preguntas que se formula la autora citada son:

*“¿por qué necesitamos de mediadores? y ¿por qué las partes no pueden arreglar los casos ellas mismas sin ayuda de un tercero neutral que funja como mediador? Algunas razones se deben a que, particularmente en un conflicto, cada parte está disgustada con la otra y no desea hablar con ella, incluso no puede escuchar propuestas razonables. El proceso de mediación puede disolver de algún modo el disgusto y ayudar libremente a las partes a sacadas de su postura.”*⁸⁰

Por su parte, Jacqueline M, Nolan-Haley, también en el ámbito del Derecho Estadounidense, afirma que las ventajas de la mediación son un proceso más expedito,

⁷⁸ Cfr. BARNETT, Edith; en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 12

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ BARNETT, Edith; en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 13

económico y procesalmente más simple que un proceso contencioso.⁸¹

e) **Ámbito de Aplicación de la mediación**

Según Harry B. Endsley (en su nota técnica para el Seminario acerca de la Negociación, la Mediación y el Arbitraje Comercial Internacional, sobre el Módulo de la Mediación, realizado en noviembre de 1997 en Acapulco, Gro.), la mediación es aplicable en los casos siguientes:⁸²

- ✦ Cuando las partes se pueden beneficiar si continúan su relación de negocios después de que la disputa ha sido resuelta (por ejemplo: desacuerdos en el contrato de negocios, custodia de los descendientes y derechos de visita, disputas de uso de suelo entre propietarios de predios colindantes, etcétera).
- ✦ Cuando hay asuntos de contenido emocional (discriminación racial, acoso sexual, negociación de privilegios, negligencia médica, divorcios, finiquito injusto, etcétera).
- ✦ Cuando la controversia se centra en hechos complejos que pueden apreciar de mejor manera hombres de negocios familiarizados con la industria que abogados o jueces.
- ✦ Cuando un numeroso grupo de personas están involucradas (por ejemplo: casos de limpieza del ambiente, disputas sobre construcciones, etcétera).
- ✦ Cuando ninguna de las partes requiera una sentencia sobre asuntos legales. Si se solicita una sentencia serán apropiados el arbitraje o un juicio convencional.
- ✦ Cuando están en juego asuntos extrapatrimoniales (por ejemplo: permisos públicos y controversias urbanas).
- ✦ Cuando los procedimientos judiciales tradicionales no satisfacen las necesidades de las partes (por ejemplo: espina fracturada y necesidades de tratamiento médico continuo, casos de acoso sexual, etcétera).
- ✦ Cuando la confidencialidad o la privacidad son importantes.
- ✦ Cuando el costo del litigio es elevado.

A pesar de lo anterior, puede haber razones para no mediar:

⁸¹ Cfr. NOLAN-HALEY, Jacqueline M.; en URIBARRRI CARPINTERO; *Ob. Cit.*; p. 13

- ✦ Casos en que no ha habido ningún descubrimiento, formal o informal, por lo que las partes no tienen una clara idea de las evidencias para sustentar su postura.
- ✦ Cuando alguna de las partes se niega a acudir a la mediación de buena fe.
- ✦ Cuando alguna de las partes está enteramente fuera de contacto con la realidad.

Es preciso delimitar las diferencias de la mediación con otras instituciones: la evolución sufrida por la mediación facilita encontrar diferencias con otras instituciones alternativas para la solución de controversias, a saber:

1.4.4 Conciliación y Mediación

La conciliación está prevista en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (artículo 272-A), y se realiza ante un Juez. Existe otra acepción de esta palabra en el sentido de un procedimiento similar al de la mediación, en el que el conciliador puede proponer fórmulas de arreglo conservando las partes el poder de aceptarlas o no.

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la conciliación:

“Es el acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos, que permite resulte innecesario dicho proceso. Es asimismo el acto por el cual las partes encuentran una solución a sus diferencias y la actividad que sirve para ayudar a los contendientes a encontrar el derecho que deba regular sus relaciones jurídicas.”⁸³

Por nuestra parte diremos que la conciliación es un mecanismo alternativo no adversarial para la resolución de conflictos, mediante el cual las partes buscan, por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial, la resolución de su disputa.

⁸² ENDSLEY, Harry B. en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 14

⁸³ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.*; p. 568

En el Derecho Civil la conciliación no constituye un poder jurídico, sino un deber jurídico. En algunas legislaciones relacionadas con la materia civil la conciliación es voluntaria y los conciliadores actúan cuando son requeridos para solucionar las controversias; pero en el Derecho Mexicano la circunstancia de que las personas "pueden conciliar sus diferencias" no determina la dispensa de la conciliación, ya que puede ocurrir que una de las partes no tenga capacidad para disponer por sí misma.

Por lo anterior, la conciliación es tanto *"el acto procesal que se lleva a cabo ante un juez de paz como el resultado de un acuerdo amigable interpartes."*⁸⁴

Algunos autores afirman que ha habido conciliación cuando se ha obtenido un acuerdo que pone fin a un conflicto de intereses.

Sin embargo José Ovalle Favela, opina que a pesar de la eficacia de la función conciliatoria, en nuestros juzgados de paz prácticamente ha quedado abolida, pues los jueces no suelen hacer uso de la facultad que les confiere la ley, sino que la pasan por alto.⁸⁵

Por otra parte, es el secretario del juzgado civil, quien normalmente se encarga de llevar las audiencias y a quien, en algunas ocasiones, no interesa plantear la posibilidad de un arreglo entre las partes.

Empero, en materia de divorcio por mutuo consentimiento, los cónyuges (Título XI del Código de Procedimientos Civiles), deberán ocurrir al tribunal competente y presentar un convenio. Formulado este convenio y presentada al juez la solicitud respectiva, se cita a dichos cónyuges y al Ministerio Público a una junta, con el objeto de procurar la reconciliación.

Si no se logra avenir a las partes el convenio será aprobado de manera provisional en lo relativo a la situación en que deban quedar los hijos menores y en su caso, los incapacitados,

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ Cfr. OVALLE FAVELA, José en el INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.*; p. 569.

pero se insistirá por la autoridad judicial en una nueva diligencia, buscar un acuerdo conciliatorio entre los cónyuges, para evitar su separación (artículo 675 del Código de Procedimientos Civiles).

En este sentido, el término conciliación en materia procesal suele llamarse avenencia, ya que este término y de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Castellana, coincide con la definición de ser la voluntad espontánea de cualquiera de las partes en un litigio para ponerle fin. Es también la mediación de un tercero para buscar un acuerdo entre ellas o establecer una coincidencia en sus intereses.⁸⁶

Pero esta distinción suele ser muy poca, ya que como piensa Eduardo J. Couture, una es la especie y otra el género. Para él, tanto el acto procesal que consiste en intentar ante un juez de paz un acuerdo amigable como el avenimiento, no encuentra etimológicamente una profunda distinción; pero para otros autores, en particular franceses e italianos, la avenencia es en principio el acuerdo entre las partes, en tanto que la conciliación es el resultado de tal acuerdo; la primera puede ser una tentativa de solución, la segunda es la solución misma y por eso para ellos debe hablarse en este segundo caso de una audiencia de conciliación, de una acta de conciliación, etc.⁸⁷

Sin embargo, para la doctrina, tanto estas dos formas como la transacción, el allanamiento o el desistimiento, son actos de autocomposición en cuanto constituyen medios para resolver amigablemente un juicio, ya que en todas las partes se hacen concesiones recíprocas para no continuar el proceso.

Sabemos, que en todas las controversias de orden familiar, el juzgador está facultado para intentar la conciliación entre las partes, antes de que el asunto sometido a su decisión pase a sentencia, disponiendo igualmente de facultades para proponer las bases que les permitan optar

⁸⁶ Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.*; p. 570

⁸⁷ COUTURE, Eduardo J. en el INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.*; p. 570

por un arreglo que dirima los puntos controvertidos y ponga fin al juicio (artículo 946 de la ley citada).

Con la reforma al Código de Procedimientos Civiles publicada en el Diario Oficial de la federación el 10 de enero de 1986, se introdujo como institución genérica la audiencia previa y de conciliación, que debe señalarse por el juez dentro de los diez días siguientes a la contestación de la demanda o de la reconvenición, o de la declaración de rebeldía, dando vista en el plazo de tres días a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra.

Cuando una o las dos partes no concurren sin causa justificada, el juez debe imponerles una multa, pero si asistieren ambas, el propio juzgador examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego procederá a procurar la conciliación, la que está a cargo del conciliador adscrito al juzgado, el cual debe preparar y proponer a las partes alternativas de solución a la controversia.

Cuando los interesados lleguen a un acuerdo, el juez lo aprobará de plano, si procede legalmente, con efectos de cosa juzgada. Pero de no lograrse el avenimiento, la citada audiencia debe continuar a fin de que el juzgador regularice el procedimiento a través del examen y la depuración de los presupuestos procesales (artículo 272-A de la Ley Adjetiva Civil aplicable en el Distrito Federal).

Por lo anterior y siguiendo la opinión del autor Gonzalo Uribarri,⁸⁸ podemos decir que la mediación se distingue de la conciliación de acuerdo con las modalidades como ésta se realice, ya que mientras la conciliación crea posiciones desde la perspectiva del objeto por decidir, la mediación facilita la comunicación entre las partes, pero no se detiene en el contenido del problema (aun cuando lo lleva en su destino), sino en conducir un proceso de interpretación sobre las verdaderas necesidades e intereses de los sujetos en conflicto.

⁸⁸ Cfr. URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 9

Sin embargo, señala este propio autor que con la conciliación procesal (intraprocesal o extraprocesal) las distancias son elocuentes, ya que ésta persigue pacificar sobre la cuestión litigiosa y suele instalarse obligatoriamente (o no) como etapa del proceso, lo cual condiciona su flexibilidad y oportunidad, sin perjuicio de advertir que su eficacia depende en grado sumo de las personas que dirijan el debate.

En este aspecto Niceto Alcalá-Zamora y Castillo,⁸⁹ destaca que las relaciones de jurisdicción, conciliación, mediación, autocomposición y arbitraje, deben precisarse de la siguiente forma: las tres primeras y el arbitraje, que desde su punto de vista reabsorbe en la jurisdicción, coinciden en dos extremos; persiguen la solución de litigios inminentes o presentes (en este aspecto, la autocomposición concuerda asimismo con las cuatro) y funcionan a tal fin con base en dos partes y un tercero imparcial.

No obstante, sigue afirmando este autor se diferencian en que, mientras el juzgador se encuentra “*supra partes*,” y por tanto impone una solución, el conciliador -quien formalmente se haya “*in ter partes*,” aunque materialmente se encuentre en “*infra partes*,” lo mismo que el mediador- se limita a proponer una o más soluciones.

Además, dicho autor explica que la figura del mediador redundante en la del conciliador, y que autocomponedor puede ser cualquiera de las partes o ambas, según la autocomposición sea unilateral o bilateral; así: el mediador propone una o más soluciones, mientras que el “*autocomponedor*” dispone de la solución, y el juzgador impone una solución.

Como podemos observar, la mediación parte del principio de voluntariedad para el modismo y sigue todo su curso atendiendo a la manifestación de deseos preliminar; así, el mediador no es absolutamente neutral, o por lo menos lo es desde una perspectiva singular. En esta corriente, el resultado es lo que menos interesa; es correcto ver al mediador como un negociador espiritual que busca despejar la crisis elocuente entre las partes.

⁸⁹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, Niceto; *Ob. Cit.*; p. 75

Cabe admitir, que mientras en la conciliación, el conciliador asume un papel que simplemente sugiere posiciones sobre el objeto a debate, en la mediación el mediador no necesariamente sugiere a las partes, ya que se centra más en las personas que en el objeto, es decir que sensibiliza a las partes para así hacerlo con el conflicto.

En este caso el tercero ajeno a la controversia puede asumir el papel más activo, consistente en proponer alternativas concretas a las partes para que resuelvan de común acuerdo sus diferencias. En cambio, el mediador es quien se limita a establecer la comunicación entre las partes y tratar de que estrechen nuevamente sus lazos afectivos, más aún si se trata de parientes; pero el tercero asume el papel de conciliador denominándose su función: conciliación.

Así, la función del conciliador se limita a proponer posibles soluciones, cuya adopción queda sujeta, en todo caso, a la voluntad de las partes; la solución depende finalmente de ellas. Por este motivo, se considera que la mediación y la conciliación tienen un lugar intermedio entre la autocomposición y la heterocomposición.

1.4.5 Mediación y Arbitraje

Siguiendo la opinión de Gonzalo Uribarri:

“El arbitraje es solemne y ritualista en su armado y tiene mucha proximidad con el proceso común, al punto que entre laudo y sentencia existen grandes similitudes. También las etapas anteriores, como el acuerdo, la cláusula compromisoria, el debate probatorio y eventuales alegaciones insertas antes de la emisión del laudo, demuestran la similitud con el desempeño de jueces ordinarios.”⁹⁰

⁹⁰ URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 9

Nosotros nos apegamos a la idea de que 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 arrije tendrá origen en la voluntad de los intervinientes.

Por su parte 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.

1.4.6 El Ombudsman

En apoyo con el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Ombudsman* “es un vocablo sueco que significa representante, delegado o mandatario.”⁹¹

Ovalle Favela, señala “que el tercero ajeno a la controversia también puede asumir el papel de lo que en el derecho comparado se conoce como *Ombudsman*.”⁹²

De acuerdo con María Teresa Magallón Diez, el *Ombudsman* es:

*“El órgano del Estado, generalmente ubicado en el ámbito del Poder Legislativo o calificado como constitucionalmente autónomo, el encargado de conocer e investigar las quejas formuladas por los particulares contra actos u omisiones de naturaleza administrativa que estimen contrarios a sus intereses para que, en caso de resultar procedente y fundada la queja, proceda emitir una resolución dirigida a las autoridades responsables, conocida como Recomendación, carente de efectos obligatorios, que invita a dejar sin efectos el acto administrativo impugnado o suspender la comisión que afecte los intereses del quejoso”.*⁹³

⁹¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.* : p. 2268

⁹² OVALLE FAVELA, José; *Ob.Cit.*: p. 27

⁹³ MAGALLÓN DIEZ MARÍA TERESA; *Gaceta* 52, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, marzo 2003, pág. 36

De una forma más cercana, podemos describir al “*Ombudsman*” como a uno o varios funcionarios designados por el órgano parlamentario, por el ejecutivo o por ambos, que con el auxilio de personal técnico, poseen la función esencial de recibir e investigar las reclamaciones de los gobernados realizadas por las autoridades administrativas no sólo por infracciones legales sino también por injusticia, irrazonabilidad o retraso manifiesto en la resolución; y con motivo de esta investigación pueden proponer, sin efectos obligatorios, las soluciones que estimen más adecuadas para evitar o subsanar las citadas violaciones.⁹⁴

Aun cuando no se trata de una institución regulada por el Derecho Positivo Mexicano, es conveniente hacer referencia a la misma no sólo por la posibilidad de que pueda introducirse en nuestro ordenamiento jurídico en un futuro no muy lejano, sino también debido a su expansión incontenible en los años de esta segunda posguerra en la mayoría de las legislaciones contemporáneas pertenecientes a muy diversas familias jurídicas y a diferentes sistemas políticos, por lo que se ha llegado a calificar de “universal”.⁹⁵

De acuerdo con el Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,⁹⁶ esta institución se creó en la Constitución sueca del 6 de junio de 1809 sobre la forma de gobierno (*Regerisform*), como un representante o comisionado del Parlamento, encargado de velar por los derechos generales e individuales del pueblo; de recibir las quejas de los particulares contra actos de funcionarios públicos que estimen violatorios de la ley; de llevar a cabo investigaciones sobre dichos actos; así como de formular las recomendaciones que considere pertinentes para resolver el problema planteado.

En el mismo Diccionario Jurídico se plantea que en América Latina se han realizado diversos proyectos sobre esta figura, entre ellos los presentados en el congreso argentino desde el año de 1975, y que se han reiterado a partir de la restauración de la normalidad constitucional.

⁹⁴ Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.*; p. 2268

⁹⁵ *Idem*

⁹⁶ *Idem*.

Por otra parte puntualiza, que en el año de 1985 se presentaron diversas iniciativas en ambas Cámaras del Congreso de la Unión, pero que está en vías de aprobación el proyecto para el establecimiento del Defensor del Pueblo, de acuerdo con la terminología española.

Cabe destacar, que en México la institución del Ombudsman se introdujo en 1976 con la Procuraduría Federal del Consumidor, y actualmente la Comisión Nacional de Derechos Humanos y de cada entidad federativa, pues este organismo tiene funciones similares a las del Ombudsman sueco del consumidor. Además de la función conciliatoria, la Procuraduría puede recomendar a las instituciones competentes a que tomen medidas adecuadas para combatir todo género de prácticas que lesionen los intereses del consumidor.

Se establece en también en el multicitado Diccionario Jurídico que a partir del año de 1985 se introdujo en la UNAM la Defensoría de los Derechos Universitarios, para conocer de las reclamaciones de estudiantes y miembros del personal académico por la posible afectación de los derechos que les otorga la legislación universitaria; además de realizar las investigaciones necesarias, y proponer a las autoridades de la UNAM las soluciones que se consideren viables.

Por otro lado se afirma que en el año de 1989 se creó la Procuraduría Social del Distrito Federal, que conoce de las reclamaciones de los particulares contra autoridades de dicha entidad federativa, pero también realiza investigaciones sobre a las mismas y formula recomendaciones.

Como ya mencionamos, con fecha 5 de junio de 1990 se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la cual fue elevada a rango constitucional por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 28 de enero de 1992, en el nuevo apartado "B" del artículo 102, se autoriza al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los Estados para establecer organismos de protección de los derechos humanos, que conozcan de quejas en contra de los actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, que violen esos derechos, con exclusión del Poder Judicial Federal, pero al igual que

la Procuraduría del Consumidor, sólo esta facultada para en su caso dar recomendaciones o hacer denuncias, pero no para actuar como una verdadera autoridad.

Podemos decir que estos organismos (la Comisión Nacional, las Comisiones Estatales de Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal) conocen, dentro de sus respectivas competencias, de las quejas de probables violaciones a derechos humanos; llevan a cabo las investigaciones sobre éstas; procuran la conciliación entre los quejosos y las autoridades señaladas responsables, y formulan recomendaciones públicas autónomas no vinculatorias.

Cabe señalar, que existen otras Procuradurías Sociales, como las Procuradurías la Defensa del Menor y la Familia del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, que tienen características similares que la del *Ombudsman*, pero como más adelante estudiaremos en el Capítulo IV, no reúnen los requisitos indispensables para elevarlas como *Ombudsman*, ya que dichas procuradurías no emiten recomendaciones ni tienen el carácter de mandatarios, sino que interponen denuncias y llevan un proceso de mediación entre las partes que se someten a ella para avenirlos, a efecto de integrar a la familia, velando por los intereses de los menores; y llegando a acuerdos que carecen de una obligatoriedad.

De acuerdo con Ovalle Favela, los organismos inspirados en el *Ombudsman* no emiten resoluciones obligatorias, sino recomendaciones cuya eficacia depende de la respetabilidad del organismo que la formula, de la fundamentación de sus propuestas y de la disposición de las autoridades para acatarlas.⁹⁷

1.5 OTROS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Es importante que destaquemos, que además de las anteriores formas de composición, y a efecto de presentar un panorama más completo de la temática que nos ocupa, otros medios alternativos a la jurisdicción e incluso a la conciliación y a la mediación que se aplican sobre

⁹⁷ Cfr. OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.*; p. 28

todo en el marco de relaciones comerciales internacionales y aun en casos familiares.

Algunas de las razones por las que se han desarrollado otras formas alternativas de resolver posibles controversias o disputas, señala Mauro Rubino-Sammartano se deben al avance económico de los países con el sistema legal del “*common law*,” así como a los contratos que al final de este siglo están gozando de un al precedente, tales como el arrendamiento financiero, el factoraje y la franquicia. Además señala que las fórmulas o soluciones han sido estudiadas y desarrolladas para satisfacer las necesidades exigidas por el mercado y que derivan o variaciones en el viejo modelo de la conciliación.⁹⁸

Pasemos de forma breve al estudio de las diversas formas de solución de controversias que se anexan a las ya vistas, entre las más destacadas se encuentran los siguientes:

1.5.1 El pequeño juicio

Conocido también como “*minitrial*” en su país de origen, mismo que es Estados Unidos de América o como “*in vitro trial*.”⁹⁹

De acuerdo al tratadista Gonzalo Uribarrí, el pequeño juicio “*es esencialmente un procedimiento informal en el que las partes acuden a reuniones que son como simulacros de juicios, organizadas por los abogados respectivos.*”¹⁰⁰

Este mismo autor manifiesta que en dichas reuniones se exponen y debaten los argumentos de las partes como las pruebas en las cuales se funden sus pretensiones. En virtud de que no existen reglas dictadas para este tipo de procedimiento, las partes deben diseñarlas para cada caso.

Dice el autor citado, que el objetivo perseguido en este tipo de juicios es que las partes, al

⁹⁸ Cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro; en URIBARRI CARPINTERO; Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 23

⁹⁹ URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.* p. 23

¹⁰⁰ *Idem.*

informarse en detalle de la posición y argumentos de su contraria, además de las pruebas disponibles tengan una visión objetiva y realista de sus posiciones en la controversia, antes de iniciar cualquier acción judicial o incluso un arbitraje formal, exponiéndose así la finalidad de un acuerdo posible que evite un litigio.¹⁰¹

Además señala que cuando se concluye exitosamente este minijudio, se realiza un acuerdo amistoso entre las partes, mediante una transacción. Se aconseja que el convenio en cuestión sea firmado ante fedatario público para eventualmente hacer más accesible la ejecución del, acuerdo, pues por sí solo el acuerdo no tendría ejecución posterior.

El pequeño juicio, dadas las circunstancias en que se desenvuelve, se destina a casos controvertidos entre empresarios que realizan múltiples negocios a fin de recuperar la confianza entre ellos y se eviten gastos inútiles.¹⁰²

El aspecto negativo de este proceso -refiere Mauro Rubino-Sammartano:

*“Es que requieren buena fe o buena voluntad de las partes, y la ausencia de este elemento esencial en por lo menos una de las partes, en la gran mayoría de los sistemas legales hará muy difícil la conciliación y llegar a su término como se desearía”.*¹⁰³

1.5.2 El juicio privado

Es también llamado como “*Private Trialo Rent a Judge*,” ya que dio inicio en la legislación propia del estado de California, Estados Unidos de América, siguiendo al autor Uribarri:

“Es en donde las partes, a fin de solucionar la controversia conforme a dicha legislación, pero sin los inconvenientes del sistema judicial, pueden seleccionar de común acuerdo a un

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² Cfr. ESTAVILLO C., Fernando y DE HOYOS-WALTHER, Carlos, en URIBARRI CARPINTERO; Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 23

¹⁰³ RUBINO-SAMMARTANO, Mauro; en URIBARRI CARPINTERO; Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 23

abogado -generalmente un juez retirado- para que conduzca el procedimiento y dicte la sentencia respectiva, como si hubiese sido un juez en funciones, cuyos honorarios son pagados por las partes."¹⁰⁴

La ley en cuestión faculta a los jueces así instituidos con las mismas atribuciones que a un juez ordinario, con excepción de que no pueden obligar a comparecer por la fuerza a las partes. Sin embargo, la sentencia es obligatoria para las partes como si fuera dictada por un juez ordinario, resultando ser apelable en segunda instancia.¹⁰⁵

Opina Uribarri que en nuestra legislación mexicana, no encontramos un caso parecido al juicio privado; no obstante esta dificultad, tal vez sería un acercamiento a una especie de concesión a particulares de la función jurisdiccional, ya que dicha hipótesis sería incluso un avance en las alternativas distintas de la jurisdicción para resolver conflictos.¹⁰⁶

1.5.3 El arbitraje derivado

Edith Barnett, afirma que *"el sistema de arbitraje derivado existe desde hace varios años, aun cuando su conocimiento se ha desenvuelto en la década de 1980, introducido en el estado de Pensilvania en 1952."*¹⁰⁷

Según esta autora, la autoridad y las normas para este tipo de programas arbitrales pueden provenir de normas estatales, de reglas de cortes de la localidad o del estado, o de reglas procesales locales. Las reglas tratan generalmente de temas diversos, como los límites de la jurisdicción en los casos que pueden ser arbitrados, requisitos para los árbitros, selección y pago de honorarios, reglas para las audiencias y plazos para las decisiones arbitrales.¹⁰⁸

Desde luego, varían de estado a estado y Barnett señala, como ejemplo, que Hawai

¹⁰⁴ URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 24

¹⁰⁵ ESTAVILLO Y DE HOYOS; en URIBARRI CARPINTERO; Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 24

¹⁰⁶ Cfr. URIBARRI CARPINTERO; Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 24

¹⁰⁷ BARNETT, Edith; en URIBARRI CARPINTERO; Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 23

¹⁰⁸ Cfr. BARNETT, Edith; en URIBARRI CARPINTERO; Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 23

establece el arbitraje en cuestión solamente para reclamaciones sobre lesiones a personas.¹⁰⁹

De acuerdo con Barnett, las reglas referentes a este tipo de arbitraje tienen en común que conservan el derecho a un juicio ante la Corte si cualquiera de las partes no está satisfecha con los resultados del arbitraje. Algunos programas prevén la posibilidad de que exista un juicio ante la Corte del estado después de un arbitraje.¹¹⁰

1.5.4 El juicio por jurado sumario

En inglés se llama *summary jury trial*, y como establece Uribarri Carpintero es el que “*se integra al jurado compuesto de personas incluidas en las listas elaboradas para tal efecto, el cual oye los argumentos en pruebas de las partes y dicta un veredicto que no será obligatorio*”.¹¹¹

Este propio autor comenta que lo anterior podría parecer un procedimiento inútil, pero tal vez sirve cuando existe una gran discrepancia entre las partes y sus abogados sobre la dimensión de las indemnizaciones que procederían en la resolución de la controversia por cortes estatales o en aquellos casos en que una de las partes no posee una percepción realista del valor del asunto controvertido.¹¹²

Por las características apuntadas, este tipo de juicio no tiene cabida en el sistema jurídico mexicano, ya que él no se emplean jurados para resolver controversias.

1.5.5 El oyente neutral

Este tipo de solución de controversias supone, de acuerdo con Uribarri, en que:

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ URIBARRRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 25

¹¹² ESTAVILLO Y DE HOYOS; en URIBARRRI CARPINTERO; Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 25

“Las partes escogen a una persona cuya confianza, méritos y experiencia sean reconocidos por todos los intervinientes, a la que cada parte hace llegar mejor propuesta, para que el oyente neutral las analice y determine si se encuentran suficientemente cerca ambas propuestas, para celebrar reuniones de negociación.”¹¹³

El papel del llamado oyente neutral es más el de un facilitador que propiamente el de un mediador o árbitro. El oyente neutral no dicta resoluciones y, en caso de hacerlo, éstas no serían obligatorias. Asimismo, debe guardar la más absoluta reserva sobre las propuestas.

Algunos autores sostienen que en el caso del oyente neutral, las partes les sería más ventajoso someterse al arbitraje y designar a dicha persona como árbitro único que investir al oyente neutral de facultades decisorias, ya que la misma persona estaría en posibilidad de resolver la controversia en forma definitiva y las partes podrían hacer ejecutable su decisión.¹¹⁴

1.5.6 Determinaciones por experto neutral

Este tipo de sistema de solución de controversias es conocido en los Estados Unidos de América como *“neutral expert factfinding,”* y se utiliza fundamentalmente en casos en que el conflicto es relativo a cuestiones sumamente técnicas y las partes pueden acordar que la opinión del experto o perito que se elija sea o no obligatoria.¹¹⁵

Siguiendo con el criterio de Uribarri, este mecanismo es usual cuando se trata de conflictos relativos a secretos técnicos o comerciales, casos de propiedad intelectual y otros similares, y es de gran utilidad en casos de proyectos llave en mano, suministro de equipos industriales, acuerdos de cooperación industrial, etcétera.¹¹⁶

La principal ventaja de este procedimiento, además de su especialización técnica y de permitir un mejor control de la confidencialidad, consiste en que, si la determinación del

¹¹³ URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 25

¹¹⁴ Cfr. ESTAVILLO y DE HOYOS; en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 26

¹¹⁵ Cfr. URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 26

¹¹⁶ *Idem.*

experto es acatada por las partes (sea en forma voluntaria o por haberse convenido así), puede evitar un proceso judicial o arbitral ulterior, que sería muy costoso y lento que la determinación de hechos por el experto.¹¹⁷

Este método, que como observamos se utiliza principalmente en el ámbito internacional, se pronuncia sobre la existencia de problemas técnicos y, en algunos casos, sobre sus causas, antes de que la continuación de los trabajos pueda alterar o hacer desaparecer las pruebas de los hechos controvertidos. Ante esta situación, las partes en conflicto, pueden disponer de todos los elementos que les permitan llegar a una solución amigable, o pueden allegarse pruebas irrefutables para el caso de ser necesario un procedimiento judicial o arbitral posterior.

1.5.7 Decisión no obligatoria

La decisión no obligatoria de disputas sobre patentes o secretos comerciales, que traducida al inglés significa “*non binding in patent adjudication, patent disputes or trade secret misappropriation,*” es una figura que consiste “*en un acuerdo mediante el cual se confía la resolución de la controversia a una persona determinada, llamada adjudicador*”.¹¹⁸

Señalan Estavillo y de Hoyos¹¹⁹ que este proceso consiste en que ambas partes allegan sus antecedentes y la información técnica de respaldo al adjudicador, mismo que la mantiene en secreto y, después de efectuar un exhaustivo análisis del conflicto lo resuelve de forma no obligatoria. Apuntan, que este mecanismo es utilizado especialmente en conflictos con motivo de relaciones comerciales que giran en torno a secretos comerciales, patentes y similares, debido a que genera especialización, confidencialidad y celeridad para las partes interesadas, principalmente en el ámbito internacional.

Algunos tratadistas han opinado, en el sentido de que tal mecanismo podría ser considerado como la figura de amigable composición especializada; pero dicha opinión se

¹¹⁷ *Idem.*

¹¹⁸ ESTAVILLO y DE HOYOS; en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 27

¹¹⁹ Cfr. ESTAVILLO y DE HOYOS; en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 27

podría aceptar desde el punto de vista formal, ya que la resolución del adjudicador no es obligatoria, y en la amigable composición sí.

Amen de lo descrito, en el caso de que las partes decidieran investir al adjudicador de la facultad de resolver la controversia con carácter obligatorio, es evidente que les sería más ventajoso someterse al arbitraje y designar al adjudicador como árbitro único, otorgándole facultades de amigable componedor.¹²⁰

1.5.8 Adaptación de contratos

Dicho proceso o mecanismo de solución de conflictos surge como una respuesta a la creciente complejidad de los contratos comerciales internacionales y en criterio de Uribarri *“consiste en que las partes puedan recurrir de común acuerdo con la intervención de un tercero independiente a fin de adaptar el contrato original, actualizándolo para hacerlo operativo en circunstancias presentes, o para que colmara alguna de sus lagunas.”*¹²¹

Señala este autor que el acuerdo por el que culmina este mecanismo se puede dar desde el momento en que se pone en práctica éste y puede estipularse en el contrato desde su celebración, o bien ser resultado de un convenio anterior a la celebración del contrato.

En cuanto a nuestro Derecho Mexicano señala el propio tratadista, que la adaptación de contratos tiene cierto nexo con la teoría de la imprevisión en que podemos mencionar las cláusulas *“rebus sic stantibus”* y *“pacta sunt servanda,”* así como el caso denominado *“hardship”* o excesiva onerosidad sobreveniente.

En lo que respecta a la obligatoriedad menciona que reviste el acuerdo en este mecanismo y a la exigibilidad del resultado de la adaptación de las disposiciones contractuales para actualizadas a nuevas circunstancias, siempre y cuando este sujeto a los términos de la

¹²⁰ *Idem*

¹²¹ URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 27

disposición respectiva en el contrato, pero siguiendo el criterio de varios tratadistas podemos decir que si se previó en el contrato la actualización de ciertas disposiciones y el procedimiento para ello, las cargas y obligaciones derivadas de dicha adaptación son exigibles.

Así puntualiza, que aún cuando los términos finales de la obligación (por ejemplo: su cuantía) no hubiesen estado determinados al suscribir el contrato, serían determinables en el momento oportuno para el cumplimiento de la obligación, siempre mediante el mecanismo acordado para la adaptación del contrato, como requiere la mayoría de las legislaciones en lo que se refiere a las reglas generales de las obligaciones.

Por el contrario, en caso de culminarse el procedimiento de adaptación del contrato con un convenio modificatorio suscrito por las partes, la obligatoriedad de la ejecución forzosa (si se requiriese) sería indiscutible y mucho más sencilla.¹²²

Por último, se sabe y este doctrinario lo confirma, que en el ámbito internacional existen algunas instituciones que se dedican a la tarea de actualizar contratos considerando como la más importante a la Cámara de Comercio Internacional, que cuenta con una institución y reglamentación para tal efecto.

1.5.9 La consulta

De acuerdo con Gonzalo Uribarri, este procedimiento consiste “*en que, frente a un amago o conflicto o ante el evento de cualquier asunto urgente relacionado con el nexo jurídico que las vincula, las partes convienen en consultarse previamente entre sí respecto a las medidas pertinentes.*”¹²³

El objetivo principal de este mecanismo, dice este autor, es el de prevenir el surgimiento de una controversia o algún conflicto, usualmente se emplea en relaciones económicas

¹²² Cfr. URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 27

¹²³ URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 28

internacionales y suele recurrirse en la misma antes de hacer negociaciones más formales. La figura de la consulta se prevé y es de carácter obligatorio en diversos acuerdos y tratados internacionales.

En el Derecho Privado, este proceso también se utiliza con frecuencia en transacciones internacionales y en contratos que contienen una cláusula que establece la obligatoriedad de las partes para que celebren encuentros periódicos para analizar la marcha de la relación contractual, o para determinar ciertos eventos relacionados con diversas obligaciones contractuales.¹²⁴

1.5.10 Los buenos oficios

Este mecanismo significa que *“en ejercicio de los buenos oficios, el tercero se limita a buscar la aproximación entre las partes y trata de favorecer una negociación directa, sin intervenir en ella.”*¹²⁵

Se dice que este procedimiento se da en aquellos casos en que las partes en una controversia no son capaces de resolverla directamente, por lo que un tercero puede ofrecer sus buenos oficios para evitar que se agrave la situación y persuadidas de aceptar un método de solución de controversias.¹²⁶

Por lo que Uribarri Carpintero¹²⁷ considera que es similar al mecanismo anterior, y que también previene que se agrave el conflicto, sin embargo mediante la interposición de los buenos oficios se intenta alentar a las partes para que inicien o reanuden las negociaciones tendientes a resolver la controversia. El tercero que realiza sus buenos oficios puede ser una persona o una comisión y debe ser aceptado por las partes en el conflicto.

¹²⁴ ESTAVILLO y DE HOYOS; en URIBARRI CARPINTERO; *Ob. Cit.*; p. 28

¹²⁵ URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 28

¹²⁶ Cfr. URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 28

¹²⁷ *Idem*

Supone este autor que el papel que desempeña el agente de buenos oficios es el de facilitador, más que propiamente el de un mediador o árbitro, ya que el agente de buenos oficios no dicta resoluciones y, en caso de hacerlo, éstas no serían obligatorias; por ello, si las partes desearan investido de ciertas facultades decisorias y no de las de un simple facilitador, les será más ventajoso someterse al arbitraje o a la mediación si el acuerdo fuera obligatorio como pretendemos que sea y que estudiaremos en el Capítulo V de este trabajo.

1.6 AUTOTUTELA

Ovalle Favela define a la autotutela (término implementado por Couture) o autodefensa como *“la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno”*.¹²⁸

Alcalá-Zamora, asevera que es un *“medio de solución egoísta, en contraposición a la autocomposición, que implica la renuncia a la pretensión propia o la aceptación de la contraria, por lo que la califica de altruista.”*¹²⁹

“La autodefensa -expresa el autor citado- se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto..., y aun 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”.¹³⁰

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM señala que la autodefensa:

“Es la manera más primitiva de sanjar (sic) las dificultades entre los hombres. Se trata de una manifestación reiterada a lo largo de los siglos de que las pugnas de intereses se resuelven con la victoria del más fuerte, del más poderoso, del más violento, hábil o inteligente; pero, adviértase que no hemos empleado ningún concepto valorativo o jurídico

¹²⁸ OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.*; p. 9

¹²⁹ ALCALÁ-ZAMORA; Niceto; *Ob. Cit.*; p. 13

¹³⁰ *Ibidem*; p. 60

*de que el vencedor sea el que tenga la razón o la justicia".*¹³¹

Lo que distingue a la autotutela son dos notas: en primer lugar, la ausencia de un tercero ajeno a las partes y, en segundo término, la imposición de la decisión por una de ellas a la otra.¹³²

La autotutela o autodefensa fue, en un principio, el medio más frecuentemente utilizado para solucionar los conflictos. A través de un largo proceso evolutivo se ha llegado a una situación inversa: actualmente, una vez que el Estado ha asumido como propia y exclusiva la función de solucionar, mediante el proceso y en ejercicio de la jurisdicción, los conflictos de trascendencia jurídica, ha quedado prohibida, por regla, la autotutela.

El artículo 17 de nuestra Carta Magna nos establece que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho; y señala, asimismo, que 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. Este precepto constitucional prohíbe, por un lado, la autotutela o autodefensa; pero, en contrapartida, reconoce el derecho que todas las personas tienen a que se les administre justicia, es decir, el derecho a acudir ante los tribunales, con el objeto de que éstos solucionen, por medio del proceso, los conflictos de intereses jurídicamente trascendentes.¹³³

La prohibición de la autotutela tiene protección penal, ya que el artículo 226 del Código Penal Federal tipifica el delito de "*ejercicio indebido del propio derecho*", considerando como tal el "*hacer efectivo un derecho o pretendido derecho*", empleando violencia. El "*hacerse justicia por sí mismo*" también puede implicar la comisión de otros delitos.

Sin embargo, y como afirma el tratadista Ovalle Favela, el Estado no puede llegar a la

¹³¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, *Ob. Cit.*; p. 272

¹³² ALCALÁ-ZAMORA; Niceto; *Ob. Cit.*; p. 53

¹³³ Cfr. OVALLE FAVELA; *Ob. Cit.*; p. 10

prohibición total o absoluta de la Autotutela, puesto que existen determinadas situaciones de emergencia en las que la tutela de un derecho exige su defensa o ejercicio inmediatos por su titular, sin que pueda esperar la intervención de los tribunales, ya que ésta sería tardía e ineficaz.¹³⁴

En estas situaciones de emergencia, el ordenamiento jurídico tiene que optar por uno de los intereses en pugna, es decir por el que es considerado de mayor valía, permitiendo así su prevailecimiento por medio de la Autotutela, tal es el caso del artículo 131 de Nuestra Carta Magna, en el que se establece la suspensión de las garantías individuales que faculta al Presidente de la República en situaciones de emergencia.

Pero dichas hipótesis como hemos observado, son una excepción a la regla general que prohíbe dicho medio de solución. Asimismo, dichas hipótesis excepcionales normalmente pueden ser revisadas por los tribunales, a través de un proceso, en el que se debe determinar si los hechos ocurridos corresponden efectivamente a las hipótesis previstas en la ley.

Alcalá-Zamora¹³⁵ clasifica los casos de autotutela permitida, de la siguiente manera que veremos más adelante, pero que en algunos casos son conocidos por el Derecho Penal como Causas de Justificación.

1.6.1 Respuesta a un ataque precedente. Legítima defensa y Guerra en legítima defensa.

En esta categoría de autotutela se encuentra la legítima defensa, que se presenta cuando alguien actuando en defensa de su persona, o de sus bienes, o de la persona, o bienes de otro, repele una agresión real, actual o inminente y sin derecho, siempre que exista de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor (artículo 29, fracción IV del Código Penal vigente en el Distrito Federal).

¹³⁴ *Idem*

¹³⁵ ALCALÁ-ZAMORA, Niceto; *Ob. Cit.*; p. 59-60

Para Cuello Calón *“es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor.”*¹³⁶

En el plano internacional se suele señalar que el único caso en que es válido que un Estado utilice la guerra, es cuando lo hace en legítima defensa, es decir, para repeler una agresión armada de otro Estado.

1.6.2 Ejercicio Directo de un Derecho Subjetivo

La autotutela permitida también se puede manifestar como el ejercicio personal o directo de un derecho subjetivo, sin que su titular haya sufrido previo ataque. En este grupo se ubican el estado de necesidad y el ejercicio de un derecho, que son causas de licitud que excluyen la antijuridicidad de una conducta tipificada penalmente (artículo 29, fracción VI, del Código Penal).

Las diversas hipótesis en que el ordenamiento jurídico reconoce el derecho de retención (artículos 810, frac. II, 2286, 2287, 2328, 2579, 2644 y 2669 del Código Civil para el Distrito Federal); la persecución de abejas (artículo 872, del Código Civil); el corte de ramas y raíces de árboles del predio vecino que se extiendan al propio (artículo 848, del mismo ordenamiento) y la caza de animales ajenos que causen daños en el fundo propio (artículos 865 y 866, del Código Subjetivo Civil).

Dentro de este grupo se solía incluir al llamado robo de famélico que regulaba el artículo 379 del Código Penal, ya derogado; sin embargo, éste no era sino un caso específico del estado de necesidad, al que nos hemos referido en el párrafo anterior, si bien la regulación que hace el artículo citado resulta defectuosa y limitativa, como lo ha puntualizado la doctrina penal.¹³⁷

¹³⁶ CUELLO CALÓN, en CASTELLANOS TENA, Fernando; *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*; Trigésimanovena Edición; Editorial Porrúa 1998; p. 191.

¹³⁷ Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano en OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.* p. 11

En este grupo también se debe señalar al despido de los trabajadores por los patrones,¹³⁸ esta situación de despido es una autotutela, pues como señalan diversos autores, ya que a través de dicho despido el patrón impone su pretensión propia en perjuicio del interés del trabajador, ya que decide, por sí, la rescisión del contrato o de la relación de trabajo.¹³⁹

1.6.3 Ejercicio de Facultades de mando

Por otro lado, la autotutela también se puede presentar como el ejercicio de facultades atribuidas al mando para hacer frente a situaciones de excepción, regulado por el Derecho Aduanero. En este grupo se encuentran las facultades que se otorgan a los capitanes de los buques en alta mar o en aguas extranjeras para ordenar deliberada y directamente hacer gastos extraordinarios o realizar cualquier acto que produzca daños al buque o a su cargamento, para salvarlos de un riesgo conocido y real; es decir, para ordenar lo que se conoce como avería gruesa o común (artículo 115 de la Ley de Navegación).¹⁴⁰

También se incluye el cumplimiento de un deber, mismo que al igual que la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio de un derecho, son causas de licitud que eliminan la antijuridicidad de una conducta típica, las cuales son reguladas por el Derecho Penal (artículo 20 fracción IV del Código Penal).

1.6.4 Ejercicio de una potestad

La autodefensa se puede expresar también como el ejercicio de una potestad de uno de los sujetos en litigio, de acuerdo con Ovalle Favela, en este cuarto grupo se suele ubicar la facultad disciplinaria, que se confiere a la administración pública para imponer, por sí misma, sanciones administrativas (apercibimiento, amonestación, suspensión, sanción económica e inhabilitación temporal) a los servidores públicos que incumplan con sus obligaciones

¹³⁸ Ver fracción XXII del apartado A del artículo 123 constitucional.

¹³⁹ El Art. 47 de la Ley Federal del Trabajo impone al patrón el deber de comunicar por escrito al trabajador la causa del despido, la decisión para rescindir la relación se mantiene, en principio, en manos del patrón.

¹⁴⁰ ESQUIVEL ÁVILA, Ramón en OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.* p. 12

(artículos 113 de la Constitución Política y 47, 53 y 56 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos).¹⁴¹

Siguiendo al criterio del propio autor, también debemos ubicar dentro de este grupo a la llamada potestad sancionadora de la administración pública, que permite a ésta imponer sanciones administrativas (multa, arresto, clausura, etcétera) a los particulares que incurran en infracciones a las leyes administrativas.¹⁴²

Dicha potestad sancionadora, al igual que la facultad disciplinaria, se ejerce por medio de la autotutela, porque el conflicto entre la administración pública y el particular o el servidor público, la primera impone su propia determinación, si bien antes de hacerlo debe seguir un procedimiento en el que otorgue al particular (potestad sancionadora) o al servidor público (facultad disciplinaria), la oportunidad de aportar pruebas y alegar en su defensa. No obstante este procedimiento, la decisión va a provenir de una de las partes en conflicto.¹⁴³

Dentro de este tipo de autotutela debemos incluir la que es denominada como facultad económico-coactiva, la que es considerada como la forma:

*“Por medio de la cual las autoridades fiscales cobran de manera inmediata y directa los impuestos y demás créditos fiscales, sin necesidad de demandar los ante los tribunales, e incluso sin tener que conceder a los contribuyentes previamente la oportunidad de aportar pruebas y formular alegatos en su defensa, es decir, sin tener que concederles la garantía de audiencia”.*¹⁴⁴

¹⁴¹ Cfr. OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.* p. 13

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ *Idem.*

¹⁴⁴ OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.* p. 13

1.6.5 Combate

Este tipo de autotutela se visualiza como un combate entre partes enfrentadas, que fían a la fuerza y no a la razón la decisión de sus diferencias.¹⁴⁵ En esta categoría podemos encontrar al duelo, regulado por el Derecho Penal y que no es considerado como una "*circunstancia excluyente*" del delito, sino sólo como una atenuante de la pena aplicable a los delitos de lesiones y homicidio (artículos 130 y 123 del Nuevo Código Penal, respectivamente); así como la guerra.

1.6.6 Medio de presión o coacción.

Otra de las formas de autotutela es la conocida como un medio de presión o de coacción sobre la contraparte para lograr el prevailecimiento de los propios intereses.¹⁴⁶

En este grupo se señala a la huelga o suspensión de labores, que es un medio legítimo de presión que otorgan a los trabajadores nuestra Constitución, cuando se violen de manera general y sistemática sus derechos consagrados por la misma,¹⁴⁷ y para conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. Asimismo, a los patrones se les otorga el derecho de hacer paros, cuando el exceso de producción haga necesario suspender el trabajo para mantener los precios en un límite costeable.¹⁴⁸

Es mencionado dentro de este subgrupo a la cláusula de exclusión por separación, en virtud de la cual la asociación de los trabajadores -el sindicato- puede solicitar al patrón que separe de su trabajo a los miembros que renuncien o sean expulsados de aquélla (artículo 395 de la Ley Federal del Trabajo). Se considera como especie de autotutela, ya que permite que por una decisión del sindicato se prive a un trabajador de su empleo, sin que se le dé la

¹⁴⁵ *Idem*

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ Ver fracciones VII y VIII del art. 123, apartado A, de la Constitución.

¹⁴⁸ Ver fracción XIX del apartado A del artículo 123 constitucional.

oportunidad de defenderse en juicio.¹⁴⁹

Aparte de estos seis grupos de autotutela permitida, se considera el caso del pacto comisorio, el cual es *"el acuerdo celebrado entre el acreedor y el deudor en un contrato de prenda, que permite al primero quedarse o disponer de la cosa dada en prenda, en caso de que el deudor no pague a tiempo el adeudo"*.¹⁵⁰

Dicha clase de pacto comisario, se encuentra actualmente prohibido, por los abusos que propicia, y que de acuerdo con Ovalle y Gómez Lara¹⁵¹, lo que se propone con él, es que el pacto se acuerde en el mismo contrato de prenda y al precio que se establezca en éste; por lo que sí se permite que, con posterioridad a la constitución de la prenda, el deudor autorice al acreedor para quedarse o disponer del bien dado en prenda al precio que se fije al vencimiento de la deuda (artículos 2883 y 2887 del Código Civil para el Distrito Federal y 344 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Por pacto comisario también se entiende a la llamada:

"Condición resolutoria, la facultad que se confiere a la parte que haya cumplido dentro de una obligación recíproca, y se vea afectada por el incumplimiento de la otra parte, para optar por exigir el cumplimiento de la obligación o bien, su rescisión (o resolución), lo que significa la privación de los efectos del acto jurídico en el cual se originó la obligación recíproca".¹⁵²

En esta clase de pacto o condición resolutoria, se puede convenir expresamente, en cuyo caso se habla del pacto comisario expreso; pero aunque no sea así la ley lo considera implícito en las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas (artículo 2883 del Código Civil), pero una vez que se presente el incumplimiento, la parte afectada puede demandar ante el juzgador

¹⁴⁹ Ver artículos 123, primer párrafo y frac. XVI, y 14, segundo párrafo, de la Constitución.

¹⁵⁰ OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.* p. 14

¹⁵¹ *Idem.*

¹⁵² *Idem.*

competente el cumplimiento de la obligación o su rescisión por incumplimiento, en cuyo caso estará utilizando el medio heterocompositivo del proceso jurisdiccional para solucionar el litigio.

En este supuesto, será la decisión de un tercero imparcial la que determine si hubo o no incumplimiento y, en caso afirmativo, si condena al demandado al cumplimiento de la obligación o si declara la rescisión o resolución de ésta, conforme lo haya solicitado la parte actora.

En este supuesto estamos frente a una autotutela autorizada previamente por las partes, pues la rescisión se obtiene no de la decisión de un tercero imparcial (como ocurre cuando es declarada judicialmente), sino de la determinación de una de las partes que se limita a comunicarla por escrito a la otra.¹⁵³

1.7 LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA VÍA JUDICIAL: EL PROCESO COMO SISTEMA TRADICIONAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

El proceso es un sistema tradicional de resolución de controversias, y que para algunos utiliza el método adversarial,¹⁵⁴ de acuerdo con Couture *“es un medio idóneo para dirimir imparcialmente, por actos de juicio de la autoridad, un conflicto de intereses con relevancia jurídica”*.¹⁵⁵

Por su parte Gómez Lara, sostiene que el proceso jurisdiccional es el mejor medio de solución conflictiva social, a continuación estudiaremos con más detalle al proceso, y lo conceptualiza al decir:

“Cuando un tercero ajeno decide el conflicto es un órgano jurisdiccional del Estado, un juzgador, con facultades no sólo para emitir una resolución obligatoria para las partes,

¹⁵³ Cfr. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel; *Obligaciones Civiles*; Editorial Harla; México; 1984; p. 58

¹⁵⁴ La palabra adversarial denota una pugna entre dos contrarios.

¹⁵⁵ COUTURE, en INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.*; p. 879.

*sino también para imponerla por sí mismo un forma coactiva, estaremos frente al proceso.*¹⁵⁶

1.7.1 El Proceso

El proceso como una solución heterocompositiva de controversias de solución imparcial, como ya estudiamos, frecuente es utilizado como sinónimo de juicio y procedimiento.

Sin embargo, los doctrinarios expresan que estos conceptos han correspondido a etapas diversas de la evolución del derecho y de la doctrina procesal, aunque con ellas en el fondo se designa el mismo fenómeno “proceso”, por lo que debemos tener en cuenta que tienen un significado histórico, cultural y doctrinal, diferente.

Etimológicamente la palabra juicio proviene del latín “*iudicium*,” que originalmente significaba, en el derecho romano, la segunda etapa del proceso, que se desarrollaba ante el “*iudex*” (juez) designado por el magistrado. Posteriormente, y de manera particular en el derecho común europeo, el “*iudicium*” fue no sólo una etapa, sino todo el proceso.¹⁵⁷

De lo anterior se concluye y siguiendo al tratadista Picardi, el juicio “*es un acto en el que intervienen cuando menos tres personas: el actor que pretende, el demandado que resiste y el juez que conoce y decide.*”¹⁵⁸

Ovalle Favela¹⁵⁹ expresa que fue en el siglo XVI, cuando los países que conformaban la Europa central, influidos por el derecho canónico, fueron los que comenzaron a sustituir la palabra “*iudicium*” por las de “*processus, processus iudicii y processus iudicialis*,” que actualmente sabemos que también tienen raíces latinas. Aunque España –opina este autor– conservó la expresión de juicio y la difundió en los países hispanoamericanos, mismos que la

¹⁵⁶ GÓMEZ LARA, *Ob. Cit.*; p. 33.

¹⁵⁷ Cfr. OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.*; p. 179.

¹⁵⁸ PICARDI, en OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.*; p. 179.

¹⁵⁹ Cfr. OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.*; p. 179.

siguieron utilizando hasta nuestros días.

De acuerdo a algunos tratadistas, las razones por las que “*iudicium*” fue sustituida por “*processus*,” fue ya que la primera llegó a adquirir muchos significados, de modo que surgió “*multívoca*.” Actualmente, en los países de tradición hispánica la palabra juicio tiene, cuando menos, tres significados: ¹⁶⁰

- ✦ Como secuencia de actos (o procedimiento) a través de los cuales se tramita o se lleva a cabo la sustanciación de todo un proceso;
- ✦ Como etapa final del proceso penal, que comprende las conclusiones de las partes y la sentencia del juzgador, y
- ✦ Como la sentencia propiamente dicha.

Siguiendo a Ovalle, en nuestro país se utiliza la palabra juicio, con mayor frecuencia, como “*la reunión ordenada y legal de todos los trámites de un proceso*”, pero este mismo autor afirma que en realidad, el juicio termina con la sentencia definitiva y no incluye los actos de ejecución de ésta. ¹⁶¹

Ahora bien, como ya expresamos la palabra proceso suele confundirse con el término de procedimiento, palabra utilizada dentro del Derecho Procesal, sin embargo, la palabra procedimiento significa:

“Sólo la manifestación externa, formal, del desarrollo del proceso o de una etapa de éste, pero no comprende las relaciones jurídicas que se establecen entre los sujetos del proceso, ni la finalidad compositiva de éste”. ¹⁶²

Para Alcalá-Zamora:

¹⁶⁰ Voz “juicio”; en OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.* p. 180.

¹⁶¹ *Idem.*

¹⁶² *Idem.*

"El procedimiento se compone de la serie de actuaciones o diligencias sustanciadas o tramitadas según el orden y la forma prescritos en cada caso por el legislador y relacionadas o ligadas entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo".¹⁶³

Este autor distingue a estos dos conceptos, en el sentido de que: si bien todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso, además de que el proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras que el procedimiento se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo.

Carnelutti al referirse a la diferencia entre estos dos conceptos expresa que proceso *"denota la suma de los actos que se realizan para la composición del litigio"*, en tanto que el de procedimiento *"el orden y la sucesión de su realización"*.¹⁶⁴

1.7.2 Naturaleza Jurídica.

El proceso enfocado desde el punto de vista de su finalidad, como ya observamos es un medio de solución al litigio, sin embargo si nos enfocamos sobre qué es el proceso, se estará analizando su naturaleza jurídica.

De acuerdo con Couture el estudio de la naturaleza jurídica del proceso *"consiste, ante todo, en determinar si este fenómeno forma parte de algunas de las figuras conocidas del derecho o si por el contrario constituye por sí solo una categoría especial."*¹⁶⁵

Sin embargo, a continuación veremos algunas de las teorías que explican lo que significa la palabra proceso y por último encuadraremos un pequeño concepto del mismo.

¹⁶³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; en OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.* p. 181.

¹⁶⁴ CARNELUTTI, en OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.* p. 181

¹⁶⁵ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*; Editorial Depalma; Buenos Aires 1980.; p. 124

a) Como contrato.

La doctrina denominada “Contractualista del proceso” tuvo su base histórica en el fenómeno conocido como “*litis contestatio*,” que la podemos entender como la segunda fase del procedimiento, es decir después de que el magistrado expide la fórmula en la que se fija los elementos de la *litis* y designa al juez que conocerá de la segunda fase. Scialoja explica la “*litis contestatio*” de la siguiente forma:

*“Parece que el actor, cuando había recibido del magistrado la fórmula, la consignaba al demandado, y éste la aceptaba; mediaba así una especie de contrato entre las partes. El demandado, al aceptar la fórmula que se había dado contra él, consentía evidentemente en someterse al juicio en los términos fijados en la fórmula misma; del consenso por parte del actor no podía haber duda desde el momento en que él mismo había pedido aquella fórmula y la comunicaba a su adversario.”*¹⁶⁶

Ovalle Favela¹⁶⁷ expresa que a partir del establecimiento de la extraordinaria “*cognitio*,” dicha teoría careció de toda sustentación. Sin embargo, nada resulta más contrario a la naturaleza del proceso que la figura del contrato, ya que el proceso jurisdiccional no requiere de un acuerdo previo entre las partes, para que pueda iniciarse y desarrollarse ante el juzgador. La obligación de las partes de sujetarse al proceso y a la sentencia que dicte el juzgador deriva del imperio mismo de la ley.

b) Como “cuasi” contrato.

Los autores opinan, como lo hace Ovalle Favela,¹⁶⁸ que debido a que la “Teoría privatista” descrita, algunos autores sostuvieron que el proceso era un cuasicontrato. Si la “*litis contestatio*” no era un contrato, puesto que ya no requería del acuerdo de voluntades de las partes, tampoco era un delito ni un cuasidelito; por exclusión, concluyeron, es un “*cuasi*”

¹⁶⁶ SCIALOJA en OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.*; p. 182

¹⁶⁷ Cfr. OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.*; p. 183

¹⁶⁸ *Idem*.

contrato.

Sigue expresando este autor, que una de las objeciones a esta teoría consiste en que la figura del cuasicontrato, es más ambigua y vulnerable que la del contrato, ya que se dice que si el proceso no es un contrato, menos es *"algo como un contrato,"* además de que no tiene sustento en la ley.

Sin embargo, -afirma- que esta teoría fue aceptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en algunas tesis de la quinta época. En este sentido, podemos citar la siguiente: *"Es principio general de derecho que, al contestar la demanda, deben oponerse las excepciones perentorias, no admitiéndose excepción alguna fuera del plazo concedido para la contestación que, con la demanda, fija el cuasi contrato"*.¹⁶⁹

c) Como relación jurídica

Bülow sostiene que el proceso es *"una relación de derechos y obligaciones, es decir, una relación jurídica,"*¹⁷⁰ pero no de Derecho Privado.

Chioyenda señaló que esta relación jurídica, además de pertenecer al Derecho Público, es autónoma, porque tiene vida y condiciones propias, independientes de la voluntad concreta de la ley afirmada por las partes, y compleja, ya que no comprende un solo derecho u obligación, sino un conjunto indefinido de derechos, coordinados a un fin común, unidos en todos los actos procesales.¹⁷¹

Esta relación jurídica procesal tiene un momento inicial, que es el de su constitución, en materia no penal se constituye con la demanda de la parte actora, la resolución del juzgador que la admite y el emplazamiento o llamamiento del demandado a juicio; se desarrolla a través de las etapas que integran el proceso; y tiene un momento final, que consiste en su

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 184

¹⁷⁰ BÜLOW, en OVALLE FAVELA, José; p. 185.

¹⁷¹ Cfr. CHIOYENDA en OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.* p. 185

terminación, que es la sentencia, o a través de algún otro medio anormal o extraordinario (desistimiento, allanamiento, transacción, caducidad, sobreseimiento, etcétera), como ya estudiamos.

Para que se pueda constituir válidamente la relación jurídica procesal, es necesario que se satisfagan determinados requisitos de admisibilidad y condiciones previas, a los que Bülow denominó presupuestos procesales. Éstos conciernen a las condiciones que deben cumplir los sujetos procesales (la competencia e imparcialidad del juzgador, la capacidad procesal de las partes y la legitimación de sus representantes), el objeto del proceso (ausencia de litispendencia y cosa juzgada), la demanda y su notificación al demandado.¹⁷²

Esta teoría es una de las más aceptada y difundida, ya que distingue entre la relación jurídica procesal que se establece entre el juzgador, las partes y los terceros que participan en la misma, y la relación jurídica sustantiva que se controvierte en el proceso, además de que el tribunal no sólo debe decidir sobre la existencia del derecho material controvertido, sino que debe cerciorarse si concurren los requisitos de existencia del proceso mismo.

Además de que el señalamiento de los presupuestos procesales tiene por objeto esclarecer las condiciones previas que se deben satisfacer para que se pueda constituir válidamente la relación jurídica procesal y advertir que dichas condiciones deben ser analizadas y resueltas de oficio por el juzgador, aun sin que la parte demandada las objete por vía de excepción procesal.

d) Como situación jurídica.

James Goldschmidt señala que el proceso no está constituido por una relación jurídica entre las partes y el juzgador, porque una vez que aquéllas acuden al proceso, no puede hablarse de que existan verdaderos derechos y obligaciones, sino meras situaciones

¹⁷² Cfr. BÜLOW; en OVALLE FAVELA, *Ob. Cit.*; p. 186.

jurídicas.¹⁷³

Para Goldschmidt una situación jurídica es el *"estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las normas jurídicas"*,¹⁷⁴ señala que estas situaciones pueden ser expectativas de una sentencia favorable o perspectivas de una sentencia desfavorable. Pero como el proceso precede a la sentencia: *"las expectativas de una sentencia favorable dependen regularmente de un acto procesal anterior de la parte interesada, que se ve coronado por el éxito."*¹⁷⁵

Por el contrario, *"las perspectivas de una sentencia desfavorable dependen siempre de la omisión de tal acto procesal de la parte interesada"*.¹⁷⁶

Goldschmidt afirma que la parte que se encuentra en situación de proporcionarse una ventaja procesal mediante un acto, tiene una posibilidad u ocasión procesal; por el contrario, la parte que debe ejecutar un acto para prevenir un perjuicio procesal, tiene una carga procesal. Tal es la carga que tiene el demandado de contestar a la demanda dentro del plazo correspondiente, para no ser declarado en rebeldía; la carga que tiene el actor de probar los hechos en que funde su pretensión y el demandado, los hechos en que base su excepción, para evitar sentencias adversas a sus respectivos intereses.¹⁷⁷

Ovalle Favela señala que la crítica fundamental que se puede hacer a la teoría de Goldschmidt es que contempla al proceso como un mero hecho y no como un fenómeno jurídico. Si bien, una vez que las partes acuden al proceso, los derechos materiales controvertidos quedan en estado de incertidumbre y sujetos a las contingencias del proceso, este estado de incertidumbre no afecta a los derechos y obligaciones, así como de los deberes,

¹⁷³ Cfr. GOLDSCHMIDT, James; *Principios Generales del Proceso*; Editorial Obregón y Heredia; México 1983; p. 38.

¹⁷⁴ GOLDSCHMIDT, James; *Principios Generales del Proceso*; Editorial Obregón y Heredia; México 1983; p. 38.

¹⁷⁵ *Idem.*

¹⁷⁶ *Idem.*

¹⁷⁷ Cfr. GOLDSCHMIDT, James; *Ob. Cit.* p. 38.

que corresponden a las partes y al juzgador en el proceso.¹⁷⁸

e) Otras teorías

Jaime Guasp y Humberto Briseño Sierra, han sostenido la idea de que el proceso es una institución, el primero la define como:

*"Un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de la idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea ésta o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quien procede aquella actividad".*¹⁷⁹

La concepción de Guasp sobre el proceso es cuestionada por algunos doctrinarios, ya que piensan que considerar al proceso como una institución es vago, puesto que incluye no sólo al proceso, sino a muchas figuras jurídicas más: el matrimonio, el divorcio, la familia, el ejército, etcétera; además de que no es exacto que la "idea común objetiva" del proceso sea "la actuación o denegación de la pretensión".¹⁸⁰ Además de que este autor:

*"En lugar de dedicar su esfuerzo a perfilar los conceptos de litigio y de acción,... aspira a reemplazarlos por el de pretensión, elevada así a una altura muy superior a la que en rigor le corresponde, y presentada como objeto del proceso en términos de manifiesta vaguedad, de tal modo que si la desconectamos de su destinatario, o sea el juez, no cabe diferenciarla de otras peticiones jurídicas..."*¹⁸¹

Briseño Sierra señala que: "El proceso es una manifestación institucional, porque las reglas públicas trascienden a las relaciones privadas y éstas revierten en aquellas indefinidamente a lo largo de la serie..."¹⁸²

¹⁷⁸ Cfr. OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.* p. 189.

¹⁷⁹ GUASP en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; *Ob. Cit.* p. 377.

¹⁸⁰ *Idem*

¹⁸¹ *Idem*

¹⁸² SIERRA, Briseño; *Ob. Cit.*; p. 44.

De forma similar que Guasp, Briseño distorsiona el concepto de proceso, pues pretende reducirlo a *"una serie de actos proyectivos"*, lo que en el lenguaje del autor equivale a decir que el proceso es *"una serie de acciones"*. Independientemente de la confusión que Briseño Sierra hace de la acción (que es un Derecho Procesal Subjetivo) con sus actos de ejercicio, es evidente que reducir el proceso a estos últimos implica desconocer el carácter procesal de la función jurisdiccional, o reducirla a su mínima expresión.¹⁸³

La última concepción de Gaetano Foschini, para quien el proceso *"es una entidad jurídica compleja, caracterizada por la pluralidad de sus elementos estrechamente coordinados entre sí."*¹⁸⁴ Este autor afirma que dicha pluralidad de elementos puede examinarse desde diferentes perspectivas: desde un punto de vista normativo, el proceso es una relación jurídica compleja; desde un punto de vista estático, el proceso es una situación jurídica compleja; y, por último, desde un punto de vista dinámico, el proceso es un acto jurídico complejo.¹⁸⁵

Lo que el autor propone no es una teoría de la naturaleza jurídica del proceso, sino un complejo de varias teorías, pero no puede ser considerado como una precisión conceptual.

En opinión de Alcalá-Zamora, la teoría de relación jurídica es la más adecuada, y conforme a este autor, y para concluir este apartado, podemos definir al proceso como:

*"Conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen; y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por las partes, a través de una decisión del juzgador basada en los hechos afirmados y probados y en el derecho aplicable."*¹⁸⁶

¹⁸³ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; *Ob. Cit.* p. 377.

¹⁸⁴ FOSCHINI GAETANO en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; *Ob. Cit.* p. 377.

¹⁸⁵ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; *Ob. Cit.* p. 377.

¹⁸⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; *Ob. Cit.* p. 377.

1.7.3 Sujetos al proceso.

Como estudiaremos en el transcurso de este apartado, los sujetos principales que intervienen en la relación jurídica procesal son la parte que reclama (actora o acusadora), la parte contra quien se reclama (demandada o acusada), y el juzgador, quien debe conocer y resolver el litigio surgido entre aquéllas.

Aunque sabemos, que también intervienen el Ministerio Público, terceros ajenos y otros participantes como a continuación estudiaremos.

a) El juzgador

El juez o juzgador como las partes es un sujeto procesal, pero a diferencia estas, que son sujetos con interés jurídico en el litigio, el juzgador debe ser aquel sin interés jurídico en la controversia, es decir imparcial y ajeno a los intereses en pugna.

Así que el “*iudex*,” juez, siguiendo a Carnelutti debe entenderse más que una persona una “*universitas personarum*” o agregado de personas conjuntamente combinadas por la realización del oficio judicial.¹⁸⁷

Alcalá-Zamora señala que “*por juzgador en sentido genérico o abstracto entendemos el tercero imparcial instituido por el Estado para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente, con imperatividad un litigio entre partes*”.¹⁸⁸

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM señala que la palabra juez:

“Proviene del latín iudex, que es la persona designada por el Estado para administrar justicia, dotada de jurisdicción para decidir litigios. En nuestro medio la palabra juez

¹⁸⁷ CARNELUTTI, Francesco; *Instituciones del Proceso Civil*; Tomo I; Editorial Buenos Aires; 1959; p. 194.

¹⁸⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; *Ob. Cit.* p. 247.

*justicia, dotada de jurisdicción para decidir litigios. En nuestro medio la palabra juez puede tener dos significados: el primero de ellos y más general (en consecuencia diremos lato sensu) es aquel que lo referimos a todo funcionario titular de jurisdicción; juez, se dice, es el que juzga. Por otro lado, y de manera más particular y precisa (por lo que diremos stricto sensu), juez es el titular de un juzgado tribunal de primera instancia unipersonal.*¹⁸⁹

Por su parte Calamandrei sostiene que el juez “es un tercero extraño a la contienda, que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y con despego; es un tercero inter partes, o mejor aún, supra partes.”¹⁹⁰

Como observamos, la palabra juzgador conlleva dos sentidos: el objetivo al referirse al órgano que ejerce la función jurisdiccional (tribunal o juzgado), y el subjetivo que se refiere al o a los titulares (magistrados o jueces) de dichos órganos.¹⁹¹

La palabra tribunal se utilizaba en el Derecho Romano para designar el lugar, ubicado en un nivel más elevado que el de las partes y los demás asistentes, desde el cual el magistrado impartía justicia. Pero al principio, el lugar donde se administraba justicia era la parte del *forum* destinada a la reunión de los comicios. Posteriormente se destinaron lugares cerrados y exclusivos para el oficio de juzgar, y es donde se conocieron los tribunales. Actualmente la palabra tribunal se suele utilizar para designar al órgano jurisdiccional, integrado normalmente con uno o varios titulares.¹⁹²

Se ha señalado que son cuatro los requisitos para ser juez: edad, competencia, capacidad y ciencia. Por lo que se refiere a la edad, nuestras leyes orgánicas exigen entre 25 y 30 años; la competencia, se refiere a la materia, cuantía, territorio o al grado, aunque en ocasiones habrá que remitirse a la ley sustantiva de la materia para precisar la competencia de un juez; la

¹⁸⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, *Ob. Cit.* p. 465

¹⁹⁰ CALAMANDREI, Piero; *Instituciones de Derecho Procesal Civil*; Tomo I; Traducción de Santiago Sentís Melendo; Editorial EJEA; Buenos Aires 1973; p. 60.

¹⁹¹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; *Ob. Cit.*; p. 120

¹⁹² Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, *Ob. Cit.* p. 465

capacidad del mismo se refiere a ciertos requisitos que en ocasiones señala la Constitución, o las respectivas leyes orgánicas, como pueden ser: pleno goce de sus derechos civiles, no pertenecer al estado eclesiástico, entre otras; finalmente, por ciencia se entiende que el candidato tenga el título de Licenciado en Derecho, expedido por autoridad competente, más cierto tiempo de experiencia profesional.

Además se agrega que el juez no tenga impedimento legal, aunque esto se refiere a un negocio en particular que tenga que resolver, no tanto a situaciones o condiciones generales de la persona del juzgador u objetivos del cargo.

b) Ministerio Público

Los autores consideran que es difícil proporcionar un concepto del Ministerio Público, porque aparte de sus funciones típicas de investigación de delitos y ejercicio de la acción penal, los ordenamientos modernos atribuyen a este órgano del Estado otras funciones en diversas materias, además de incluir en un solo concepto las funciones distintas que se atribuyen al Ministerio Público Federal y al Ministerio Público local.

Liebman define al Ministerio Público como *"el órgano del Estado instituido para promover la actuación jurisdiccional de las normas de orden público"*¹⁹³

Por su parte Véscovi señala que *"en una acepción estricta y ajustada, por Ministerio Público cabe entender sólo el representante de la causa pública en el proceso"*.¹⁹⁴

Fix-Zamudio lo describe como:

"El organismo del Estado que realiza funciones judiciales ya sea como parte o sujeto auxiliar en las diversas ramas procesales especialmente en la penal, y que contemporáneamente efectúa actividades administrativas, como consejero jurídico de las"

¹⁹³ LIEBMAN en OVALLE FAVELA, Niceto; *Ob. Cit.* p. 153.

¹⁹⁴ VÉSCOVI en OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.* p. 253.

autoridades gubernamentales, realiza la defensa de los intereses patrimoniales del Estado o tiene encomendada la defensa de la legalidad".¹⁹⁵

Ovalle Favela, señala que las dos primeras definiciones ven al Ministerio Público como un todo y no señalan sus funciones, que la tercera si las señala pero que no son propias a nivel local por lo que dice que:

"El Ministerio Público es el órgano del Estado instituido para investigar los delitos y ejercer la acción penal contra los probables responsables de aquellos; así como para intervenir en los procesos y los procedimientos judiciales no contenciosos a través de los cuales se controviertan o apliquen normas de orden público o se afecten intereses de las personas ausentes, menores o incapaces."¹⁹⁶

Sin embargo, sabemos que existen otras funciones propias del Ministerio Público pero para efectos de esta investigación únicamente debemos tomar en cuenta que es este es un órgano de la administración pública que se encarga de la persecución de los delitos y de su investigación, además de ser el representante social en toda contienda del Derecho, por velar por el interés social, tal y como lo prevé nuestra Carta Magna.

c) Partes y otros participantes

Como ya observamos las partes son los sujetos procesales cuyos intereses jurídicos se controvierten en el proceso.

Alcalá-Zamora define a las partes como *"los sujetos que reclaman una decisión jurisdiccional respecto a la pretensión que en el proceso se debate".¹⁹⁷*

Chiovenda señala que *"es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de la voluntad de la ley, y aquél frente al cual ésta es*

¹⁹⁵ FIX-ZAMUDIO en OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.* p. 253.

¹⁹⁶ OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.* p. 253.

¹⁹⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Ob. Cit.* p. 278.

demandada".¹⁹⁸

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, desde el punto de vista etimológico, la palabra parte:

*"Proviene del sustantivo latino pars, partis que corresponde a porción o fracción en nuestro idioma. En los negocios jurídicos en general se habla de partes para referirse a las personas que intervienen en ellos y que, en tal virtud, adquieren derechos y reportan obligaciones".*¹⁹⁹

Como observamos, la parte contra quien es hecha la demanda, es la parte atacada: el demandado en los procesos no penales y el acusado, inculcado o imputado en el proceso penal, aunque para efecto prácticos denominamos contraria a nuestro opositor.

También en el juicio de amparo el demandado recibe otro nombre, creemos que por razones de mera formalidad y de distinción al ser considerado el amparo como un juicio propiamente dicho, aunque para otros es por tradición, denominándose: autoridad responsable. Pero también se tienen denominaciones específicas cuando se interponen recursos: por ejemplo, se llama apelante al que interpone el recurso de apelación y apelado a la contraparte, etcétera.

En el Derecho Procesal no es acertado definir a las partes en función de su titularidad o no de la relación jurídica sustantiva, pues la existencia y la naturaleza de esta relación es lo que normalmente se debate en el proceso y sólo pueden ser definidas hasta que se dicte sentencia, es por lo que para efectos de esta investigación el concepto de parte siempre deberá tener carácter procesal.

Chioyenda señala que la idea de parte surge de la litis, por la relación procesal que la demanda origina y que, por tanto, no hay que buscar esa calidad ni fuera de la litis ni en la relación sustancial que puede ser objeto de la controversia. Descarta también el elemento

¹⁹⁸ CHIOYENDA en el INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.* p. 2330

¹⁹⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.* p. 2330

interés para caracterizar a las partes, en vista de que puede darse el proceso aunque entre los que se entable no exista verdadera oposición de intereses.²⁰⁰

✦ Capacidad para ser parte y capacidad procesal

Las dos categorías equivalen a lo que es la capacidad de goce y la de ejercicio, la capacidad para ser parte consiste en la idoneidad de una persona para figurar como parte en un proceso; para ser parte actora o acusadora o para ser parte demandada o acusada, por lo que la regla general es que todas las personas, tanto físicas como jurídicas (o morales), pueden ser parte en el proceso.

Por su parte la capacidad procesal, es la aptitud para comparecer en juicio y realizar válidamente los actos procesales que corresponden a las partes, la regla es que todas las personas en pleno ejercicio de sus derechos pueden comparecer en juicio (artículo 44 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

✦ Legitimación “*ad processum*” y “*ad causam*”

Los doctrinarios suelen distinguir entre la legitimación “*ad processum*”, es decir legitimación procesal y la legitimación “*ad causam*”, que significa legitimación en la causa.

En este último sentido, Couture define la legitimación procesal como la “*aptitud o idoneidad para actuar en un proceso, en el ejercicio de un derecho propio o en representación de otro*”.²⁰¹

Este mismo autor define a la legitimación en la causa como la “*condición jurídica en que se halla una persona con relación al derecho que invoca en juicio, ya sea en razón de su*

²⁰⁰ Cfr. CHIOVENDA en el INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.* p. 2331

²⁰¹ COUTURE, Eduardo J.; *Ob. Cit.*; p. 380

titularidad o de otras circunstancias que justifican su pretensión".²⁰²

Con base en lo anterior, podemos afirmar que la legitimación de la causa consiste en la autorización que la ley otorga a una persona para ser parte en un proceso determinado, por su vinculación específica con el litigio.

Una persona puede tener capacidad para ser parte, por el simple hecho de ser persona, y capacidad (o legitimación procesal), por estar en aptitud de comparecer en juicio. Pero no basta con estas dos condiciones generales y abstractas de las personas, ya que las leyes exigen que las partes tengan, además, la condición particular y concreta de la legitimación en la causa, que se deriva de su vinculación con el litigio objeto del proceso de que se trate.

Por último y a efecto de concluir, podemos señalar que existen otros participantes que sin ser partes procesales intervienen en un proceso judicial como los terceros, esta expresión dentro del Derecho Procesal, se define como todo aquel que no es parte en un proceso, y pueden ser tanto aquellas personas que no han participado en el proceso, como aquellas que han intervenido en el mismo, pero sin tener el carácter de parte: por ejemplo, los testigos, los peritos, los abogados, etcétera.

Existen otras personas que originalmente no figuraron como partes en el proceso, pero que comparecen espontáneamente en éste o son llamados al mismo a defender sus propios intereses o a coadyuvar con los intereses de alguna de las partes originales. A estas personas, que en principio fueron terceros pero que al comparecer o ser llamados se convierten en verdaderas partes procesales, se les denomina terceristas.

²⁰² *Ibidem*; p. 379

1.7.4 Principios procesales

Son considerados como aquellos principios que orientan el procedimiento para lograr que el mismo pueda desarrollarse adecuadamente de acuerdo con la naturaleza de la controversia planteada.²⁰³

Existen dos conceptos sobre los principios procesales, el primero comprende los lineamientos esenciales que deben canalizar tanto el ejercicio de la acción (principios dispositivo o inquisitivo, de contradicción, igualdad de las partes), como aquellos que orientan la función jurisdiccional (los relativos al impulso oficial o de parte, la dirección del proceso por el juez, la inmediación del juzgador), y también los que dirigen el procedimiento (oralidad y escritura, publicidad o secreto, concentración o dispersión, economía, sencillez).²⁰⁴

Un criterio más estricto considera que los principios procesales se refieren exclusivamente a la manera en que debe seguirse el procedimiento como aspecto formal del proceso, para que el mismo pueda servir eficazmente a la solución de la controversia correspondiente.

Ovalle Favela considera que dichos principios se pueden clasificar en básicos, particulares y alternativos. Los primeros son aquellos que son comunes a todos los sectores y ramas del Derecho Procesal dentro de un ordenamiento jurídico determinado, como el de contradicción. Los principios procesales particulares son aquellos que orientan predominantemente un sector del derecho procesal, como el principio dispositivo, del principio de justicia social y del principio Publicístico. Por último, los principios procesales alternativos son aquellos que rigen en lugar de otros que representan normalmente la opción contraria (oralidad o escritura, inmediación o mediación, etcétera). A continuación veremos los principios procesales básicos y los alternativos señalados por este autor, que son los más importantes.²⁰⁵

²⁰³ Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, *Ob. Cit.*; p. 2543.

²⁰⁴ *Idem.*

²⁰⁵ Cfr. OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.* p. 197.

a) Principio de contradicción

Siguiendo a este auto, este principio fundamental del proceso impone al juzgador el deber de resolver sobre las promociones que le formule cualquiera de las partes, oyendo previamente las razones de la contraparte, o, al menos, dándole la oportunidad para que las exprese.

Señala que se encuentra reconocido, por lo que concierne al demandado, en el derecho de defensa ó garantía de audiencia establecido por el artículo 14 constitucional. Por lo que se refiere a ambas partes, el principio de contradicción es una de las "formalidades esenciales del procedimiento" a que alude el mismo precepto constitucional.

b) Principio de igualdad de las partes

Es aquel que se deriva del artículo 13 de nuestra Constitución e impone al legislador y al juzgador el deber de conferir a las partes las mismas oportunidades procesales para exponer sus pretensiones y excepciones, para probar los hechos en que basen aquéllas y para expresar sus propios alegatos o conclusiones.²⁰⁶

c) Principio de Preclusión

Ovalle Favela menciona que la preclusión es considerada en términos generales como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal.²⁰⁷ Para nosotros existe preclusión del derecho o facultad cuando el demandado no contesta a la demanda dentro de la oportunidad que la ley le concede, y se considera como una pérdida para la realización de un acto.

Por otro lado, este autor afirma que cuando se promueve una cuestión de competencia por declinatoria, precluye la facultad de promoverla por inhibitoria, existe preclusión por no

²⁰⁶ Este principio también ha sido recogido por el artículo 30 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

²⁰⁷ Cfr. OVALLE FAVELA, José; *Ob. Cit.* p. 199.

haberse cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra. Por último se extingue el derecho cuando se declara en una sentencia infundada la pretensión, por no haberse probado los hechos, alegados por el actor, precluye para éste la facultad de demandar, con base en los mismos hechos, por haberse ejercido ya una vez, válidamente, esa facultad (consumación propiamente dicha).

d) Principio de eventualidad

El principio llamado también de acumulación eventual impone a las partes el deber de presentar en forma simultánea y no sucesiva, todas las acciones y excepciones, las alegaciones y pruebas que correspondan a un acto o una etapa procesal; independientemente de que sean o no compatibles, y aun cuando si se estima fundado alguno de los puntos se haga innecesario el estudio de los demás.²⁰⁸

e) Principio de economía procesal

Sabemos que este principio establece que se debe tratar de lograr en el proceso los mayores resultados posibles, con el menor empleo posible de actividades, recursos y tiempos, exige también que se simplifiquen los procedimientos; se delimite con precisión el litigio; sólo se admitan y practiquen pruebas que sean pertinentes y relevantes para la decisión de la causa; que se desechen aquellos recursos e incidentes que sean notoriamente improcedentes, etcétera, que sabemos que dicho principio no se eleva a la práctica.

f) Principio de lealtad y probidad

Este principio presupone que las partes deben conducirse con apego a la verdad en los actos procesales en que intervengan y aportar todos los medios de prueba que puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos. Deben utilizar los medios de impugnación sólo en aquellos casos en que efectivamente estimen que los actos del tribunal son contrarios

²⁰⁸ *Idem.*

al derecho. El incumplimiento de estos deberes debe tener como consecuencia la imposición de medidas disciplinarias, de condenas al pago de gastos y costas procesales, y aun de sanciones penales, cuando la conducta de las partes llegue a constituir algún delito (falsedad en declaraciones ante una autoridad, desobediencia a un mandato legítimo de autoridad, fraude procesal, etcétera).²⁰⁹

g) Principio de oralidad y escritura.

Rige el principio de oralidad en aquellos procesos en los que predomine el uso de la palabra hablada sobre la escrita; y el principio de escritura en los procesos en los que predomina el empleo de la palabra escrita sobre la palabra hablada. En ambos casos se trata de predominio en el uso y no de uso exclusivo.

1.7.5 Jurisdicción

La jurisdicción como veremos, se ejerce mediante la aplicación del Derecho y sólo se realiza por medio de proceso, por tanto es una forma de solución de controversias, así que es conveniente definir dicho término.

Eduardo Pallares hace referencia a que la palabra jurisdicción:

*“Deriva de la expresión latina *juris dicere*, que quiere decir: declarar o decir el derecho, con lo cual se alude a la facultad de los pretores romanos, quienes no sólo fallaban y tramitaban los juicios, sino también, por medio de sus edictos, declaraban el derecho, esto es, tenían una función legislativa de la que ahora carecen los tribunales”.*²¹⁰

En el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM se asevera, que *“de manera vulgar se entiende por jurisdicción el campo o esfera de acción o de eficacia de los actos de una autoridad, y aun, con exagerada amplitud, de un*

²⁰⁹ *Ibidem* p. 201.

²¹⁰ PALLARES, Eduardo en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.* p. 19.

particular.”²¹¹

Para nosotros la jurisdicción puede concebirse como una potestad-deber atribuida e impuesta a un órgano gubernamental para dirimir litigios de trascendencia jurídica, aplicando normas sustantivas e instrumentales por un oficio objetivamente competente y un agente imparcial.

Como acertadamente dice el Dr. Hans Kelsen al referirse de la sentencia judicial, misma que la atribuye como *“la función de la llamada jurisdicción o potestad jurídica.”*²¹²

Por su parte, Ovalle Favela indica que en el lenguaje jurídico actual, la palabra jurisdicción suele ser empleada con muy diversos significados, manifestados por Couture, quien advierte que, en el derecho de los países latinoamericanos, este vocablo es considerado como función pública de hacer justicia.²¹³

Esta forma de ver a la jurisdicción, es la que más se aproxima a nuestro tema de estudio, es decir como una forma de resolución de controversias y de impartir justicia.

Couture, señala que *“éste es el sentido técnico y preciso del vocablo jurisdicción, señala que es una función pública de los órganos del Estado.”*²¹⁴

Por su parte Ovalle Favela, señala que *“la jurisdicción es una función pública porque la desempeña los órganos del estado, por lo que es indispensable que posean independencia, o por lo menos autonomía funcional en el caso de los tribunales no judiciales. De lo contrario, no podrían cumplir con su misión.”*²¹⁵

²¹¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, *Ob. Cit.* p. 1884

²¹² KELSEN, Hans; *La Teoría Pura del Derecho, Introducción a la Problemática Científica del Derecho*; Editorial Nacional; Segunda edición; México 2000; p. 114.

²¹³ Cfr. OVALLE FAVELA, José en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.* p. 19.

²¹⁴ COUTURE en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.* p. 20.

²¹⁵ OVALLE FAVELA en URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.* p. 20

La función jurisdiccional, se desenvuelve, a través de dos actividades fundamentales: la cognición, que incluye el conocimiento del juzgador acerca del litigio planteado por las partes, como la decisión que aquél emite a través de la sentencia y la ejecución forzosa de la sentencia, en el caso de que la parte condenada no la cumpla, de manera voluntaria.²¹⁶

En esta tesitura, la jurisdicción se ejerce mediante la aplicación del Derecho y sólo se realiza por medio de proceso. Lo que significa que dicha función sólo se puede poner en movimiento una vez que la parte actora o acusadora haya iniciado el ejercicio de la acción; y que dicha función sólo se puede desenvolver, y encauzar prediscusión sobre los hechos y fundamentos de derecho, de conocimiento y resolución.

1.7.6 Ventajas e inconvenientes.

Para dar por terminado este último punto que abarca nuestro primer capítulo veremos a continuación las ventajas y los inconvenientes que el proceso jurisdiccional a traído en la práctica del Derecho.

Dentro de las ventajas que abarca el proceso y siguiendo la opinión del maestro Gómez Lara,²¹⁷ encontramos que:

- ✦ El proceso es la forma más institucional y evolucionada de solución de conflictos.
- ✦ Es formalista, porque conlleva un procedimiento secuencial.
- ✦ Es Técnico, porque establece principios que han de llevarse a cabo.
- ✦ Basta que una sola parte decida someterse a la controversia del órgano jurisdiccional y no el acuerdo de ambas.
- ✦ El pronunciamiento final que es la sentencia posee fuerza ejecutiva y es obligatoria por sí misma.

²¹⁶ Cfr. URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.* p. 20.

²¹⁷ GÓMEZ LARA, Cipriano; *Ob. Cit.*; p. 33.

- ✦ El juzgador dispone e impone por medio de la sentencia y puede hacerla cumplir con los medios que la ley señala.

Entre los inconvenientes que encontramos dentro del proceso jurisdiccional son:

- ✦ Conlleva a trámites dilatados y muchas veces inútiles.
- ✦ Es costoso, en tiempo, dinero y esfuerzo físico, mental o psicológico.
- ✦ No siempre se encuentra una solución correcta a la conflictiva social.
- ✦ Mantiene situaciones no duraderas entre individuos y grupos, ya que los aísla con rígidas aplicaciones jurídicas de razón y sin razón.
- ✦ No siempre se busca un arreglo sino más bien se encuentra un ganador y un perdedor.
- ✦ El complejo y rígido.
- ✦ No opera el principio de inmediatez entre el juez y las partes, ya que el primero sólo las conoce por medio del papel y lo hace juzgar sin conocer.

Como hemos observado en el transcurso del presente Capítulo el reconocimiento del conflicto y el esfuerzo de solucionarlo cumple una función social vital. La resolución no es aritmética, pues es imposible en conflictos humanos, pero sí de una manera satisfactoria. Las partes pueden tener sentimientos contradictorios, positivos y negativos unas de otras, de acercamiento y rechazo, en la mediación que es nuestro tema central de estudio, por ejemplo se desestabiliza esta imagen, alcanzando una en que se integran las posiciones opuestas y se logra el entendimiento, como estudiaremos más adelante.

CAPÍTULO II

LA MEDIACIÓN Y SU APLICACIÓN A NIVEL INTERNACIONAL

Como observamos en el capítulo anterior, la mediación es uno de los medios de resolución de conflictos, y que desde los años 70's es una de las formas más utilizadas por diversos países del mundo para la resolución de disputas entre sus particulares. Sin embargo veremos que es también aplicado en el arreglo de conflictos entre naciones.

Sabemos, que el fundamento de la mediación se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes para buscar la solución de un conflicto que consideren mas adecuada a sus intereses y necesidades. Su utilización permite al Estado y al sistema judicial establecer un instrumento jurídico ágil y efectivo al servicio de los ciudadanos.

Hemos definido y señalado las características de la mediación como diligencia o audiencia y de la mediación como acto jurídico que termina las diferencias existentes entre los particulares, pero en este capítulo señalaremos además las características más relevantes de la mediación, que con la flexibilidad necesaria han permitido que las habilidades y técnicas más efectivas sean adoptadas por los operadores de cada país.

Analizaremos, cuales son los Centros de Mediación existentes en diversas naciones y sus características más relevantes, ya que estos elementos son fundamentales por la trascendencia de la labor de la mediación frente a la conflictiva presentada en el ámbito internacional.

Cabe señalar, que en este capítulo mencionaremos las instituciones de mediación internacional y aunque oficialmente los nombres de las instituciones no contengan la palabra "mediación" todas ofrecen servicios de mediación o conciliación.

2.1 ORÍGENES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL COMO PROCESO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Como hemos observado en el capítulo anterior, la Mediación surge de la necesidad de la implementación de un proceso más ágil, eficaz y menos costoso en la resolución de disputas entre particulares, y nace con la “Resolución Alternativa de Litigios” (ADR), que es un movimiento que en la década de los 70’s surge en América del Norte y se extiende principalmente por todos los países desarrollados.

Los procedimientos de Resolución Alternativa de Disputas (R.A.D.) denominados también métodos de resolución alternativa de disputas, se incluyen a aquellos caminos distintos a los Tribunales para resolver los conflictos.

Algunos autores consideran que la terminología correcta sería métodos "adecuados" ya que, para cada conflicto puede existir un camino para su administración o resolución. Sostenemos la importancia de estas técnicas en la administración de los conflictos dado que, en aquellas situaciones que no permitan una solución, se podrán gestionar los mismos de manera tal que no impidan el normal funcionamiento de las diversas instituciones.

Hemos observado, que el movimiento R.A.D. se inicia en el ámbito empresarial, es decir en el ámbito comercial, que busca un sistema menos costoso que el litigio para resolver los conflictos, más rápido y que permita mantener el control sobre el resultado no arriesgándose a una decisión todo-nada que implica un veredicto judicial. Por otra parte, el litigio judicial generalmente lleva a la destrucción de la relación comercial.

Los métodos alternativos de resolución de disputas llegan a resultados más rápidos porque el tercero neutral, sea arbitro, conciliador o mediador, puede ayudar a formular un resultado antes de que el proceso avance o inclusive previo, ya que se haya intentado la negociación directa entre las partes y que ella haya fracasado.

En líneas generales y previo análisis, estas formas de resolución de disputas, en diversas naciones tienen las ventajas de ser:

- ✦ **Rápidas:** En vez de tardar años, puede terminarse con el problema en pocas semanas de iniciado el conflicto, a veces en una sola audiencia o en pocas horas.
- ✦ **Confidenciales:** Los procedimientos no son públicos, sino privados, con lo cual lo que ocurre en ellos es a puertas cerradas y de carácter confidencial, no se transcribe en un expediente ni puede filtrarse a la prensa.
- ✦ **Informales:** Si bien existen procedimientos, debe insistirse en el escaso formalismo que los rige.
- ✦ **Flexibles:** Las soluciones a que se arribe no están predispuestas por el precedente legal, ya que es posible que se haga justicia basada en hechos únicos de su caso.
- ✦ **Económicas:** Los servicios se ofrecen con costos diversos, según el caso, pero siempre son baratos y hasta gratuitos si se relacionan con el costo de litigar dentro del sistema de los tribunales formales.
- ✦ **Justas:** La solución a las controversias se adapta más a las necesidades de las partes.
- ✦ **Exitosas:** Una vez que los programas se encuentran en marcha, de acuerdo a la experiencia de los países que han implementado los métodos de Resolución Alternativa de Disputas (RAD), el resultado es estadísticamente muy satisfactorio.

2.1.1 Características

Dentro de la mediación, sabemos que las características básicas a las que hacen referencia diversos Centros, en varias naciones son las siguientes:

- ✦ La existencia de la voluntad de las partes al someterse a la mediación.
- ✦ Confidencialidad en este proceso de gestión
- ✦ Autocomposición
- ✦ Cooperación entre los participantes
- ✦ Acento en el futuro.
- ✦ Informal pero con estructura.
- ✦ Economía de tiempo, esfuerzos y dinero
- ✦ Se puede lograr acuerdos que van más allá de la disputa inicial
- ✦ Mejor índice de cumplimiento de los acuerdos.
- ✦ No se pierden derechos
- ✦ Las partes conservan el poder de decisión sobre su conflicto.
- ✦ Mejora la comunicación entre las partes, conservando la relación personal.
- ✦ Se elimina la existencia de vencedores y vencidos.
- ✦ Soluciones “a medida” de los intereses reales de las partes.
- ✦ Da origen a acuerdos más sólidos.

Los beneficios derivados de la utilización de este recurso son muchos y muy variados. Sin embargo, en algunos países se considera que las principales ventajas de la mediación como método alternativo de resolución de disputas a partir de su comparación con la vía judicial tradicionalmente utilizada para dirimir los conflictos, son las siguientes:

- ✦ Es más rápida
- ✦ Es menos onerosa
- ✦ Es privada y confidencial
- ✦ Se desarrolla en un entorno y un clima adecuados para el tratamiento del conflicto
- ✦ Brinda a los participantes la posibilidad de gestionar su propio acuerdo
- ✦ Es efectiva, voluntaria y neutral (el mediador no toma partido)

2.1.2 Ámbitos de Aplicación

Como detallamos, la mediación es pensada originariamente como una alternativa al juicio para resolver los conflictos empresariales de diversos países, como ya observamos, puesto que es regulada como mediación comercial, debido a que resuelve conflictos en el seno de la organización y entre distintas empresas, conflictos entre consumidores y empresas, patentes, marcas, dominios web, entre otros.

Actualmente, se ha extendido a otras áreas como en materia escolar, laboral, a nivel político, comunitario, penal, conflictos sobre inmuebles, familiar, conflictos públicos e internacionales, entre otros, como veremos a lo largo de este capítulo; ampliando su perspectiva en el sentido de obtener una adecuada gestión del conflicto, entendiendo por ello no sólo su resolución sino también su prevención y administración.

En el ámbito educativo, dicha acepción en algunos países se amplía, ya que estas técnicas pueden aportar un marco útil para la prevención en algunos casos, para la resolución en otros y, para una adecuada gestión en aquellos en que no sea factible encontrar una solución.

Además, que en el ámbito educativo se desprende que de las investigaciones realizadas por diversos países, el sistema de Resolución de conflictos en el ámbito docente también genera costos, tanto económicos como emocionales, al estar sometido a un sumario (los docentes) que en general tiene una duración de varios años. Por otra parte, este sistema destruye las relaciones y es percibido como de poca utilidad por los docentes, por lo que consideran quienes aplican las técnicas de mediación como un medio más viables que el sistema tradicional.

Otros países han utilizado a la Mediación como medio alternativo de disputas, en materia laboral y sustituir el arbitraje, a efecto de resolver controversias suscitadas entre trabajadores y empleadores.

En materia comunitaria, se ha utilizado para solucionar disputas entre los barrios que conforman las comunidades de distintas naciones y que de forma amistosa lleguen a un acuerdo sobre la conflictiva generada entre vecinos sobre ruidos molestos, animales domésticos, el uso de espacios comunes, entre otros.

Países como España, refieren a la mediación penal, en un aspecto fundamental que tiene lugar en la mediación entre "víctima y ofensor" en justicia juvenil. Este aspecto, central en todo el proceso, es el cambio de disposición que se produce tanto en el infractor como en la víctima, lo que facilita una comprensión distinta del hecho de la infracción, de la reparación y un cambio general en la perspectiva de la vida de cada uno de los participantes.

Siguiendo la opinión de Jiménez I. Salinas Colomer,²¹⁸ la mediación en materia de Derecho Penal se encuentra en el espacio del Derecho Penal, rigiéndose por sus principios generales, por lo tanto se fundamenta en este Derecho para decidir qué es delito, quién es "delincuente" y quién es "víctima". A pesar de ello, a la solución del conflicto se llega de forma extrajudicial, y por lo tanto no está regido por el Derecho Penal en lo que hace a la proporcionalidad y el tipo de compensación.

También en el ámbito familiar, que es nuestro principal tema de estudio, observaremos que diversos países han creado y regulado centros de mediación familiar, y ventilan en ellos procesos de separación, conflictos generacionales, procesos sucesorios, alimentos, tenencia de hijos, régimen de visitas, liquidación de la sociedad conyugal y su forma de solución entre una conflictiva en la empresa familiar como se denomina, por ejemplo en Paraguay como estudiaremos.

Creemos que pocos son los países que utilizan a la mediación para darle solución a la conflictiva de origen público sobre materia medioambiental, urbanística, asistencia social, crisis institucionales, planificación tributaria, conflictos en organismos municipales, conflictos

²¹⁸ Cfr. GIMENEZ-SALINAS I COLOMER; Esther. *"La conciliación víctima-delinquent com a alternativa: riscs i avantatges"*. Ponencia presentada en las Jornadas: El Derecho Penal y la víctima: ¿A una privatización del sistema?. Barcelona 1987, p. 3

con los vecinos, entre otros, ya que vemos que más bien se asemeja a la conflictiva comunitaria de la que habíamos hablado.

Por último, nos encontramos con la mediación aplicada a nivel del Derecho Internacional, que es la más utilizada por todos los países, principalmente los desarrollados, y los no desarrollados, son partícipes de diversos convenios y tratados internacionales como es el caso de nuestro país que implementa esta figura junto con el arbitraje en la resolución de disputas comerciales internacionales que veremos al final de este capítulo.

2.2 La mediación en Europa

La mediación veremos, es un mecanismo eficiente para la solución de conflictos que se ha utilizado en Europa, ya que en los países que la conforman es considerada como una alternativa a los procedimientos judiciales y al arbitraje. La experiencia en los países europeos demuestra que los tribunales de justicia no constituyen el foro más adecuado para resolver parte de las disputas que enfrentan a empresas en el desarrollo de sus actividades comerciales.

El fundamento de lo anterior es que los procedimientos judiciales implican costos elevados, poca flexibilidad, dilación y erosión de las relaciones.

En consecuencia, las "*empresas europeas*"²¹⁹ como así son llamadas en Europa, han buscado alternativas, cuya dinámica parece más adecuada a las necesidades de economía, flexibilidad, celeridad y mantenimiento de la relación.

Veremos a continuación algunos de los países europeos más destacados que utilizan como medio alternativo a la solución de disputas a la mediación.

²¹⁹ Nótese que se hace referencia a empresa en su sentido comercial, educativo, familiar, entre otros, puesto que así denominan a estos ámbitos.

2.2.1 España

Siguiendo a Mercedes Costa y Paulino Fajardo,²²⁰ la mediación en España destaca como la más eficiente, ya que el propio Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en sus propuestas de reforma procesal remitidas al Ministerio de justicia para la presente legislatura, identifica la mediación como un instrumento que mejoraría el funcionamiento de la justicia en España.

Estos autores mencionan, que el llamado CGPJ propone que se aumenten las facultades de mediación de los jueces en el ámbito jurisdiccional, proporcionándoles formación específica para actuar como mediadores entre las partes en conflicto.

Por tanto la mediación, en España es considerada por estos autores, como una extensión muy eficaz del proceso de negociación autónoma entre las partes, y demuestra su inclusión en las relaciones contractuales en los países anglosajones como paso previo a la resolución arbitral o jurisdiccional de conflictos.

La mediación es –agregan-, a pesar de su eficacia, infrautilizada en España. Sin embargo, la judicialización generalizada de los enfrentamientos que surgen en las relaciones económicas alienta y colapsa la obtención de soluciones. Además esta tendencia puede generar mayor grado de conflictividad, en la medida en que los integrantes del cuerpo social carecen del hábito de resolución y de comprensión de las posiciones e intereses ajenos.

Encontramos que en España se han creado diversas instituciones tanto públicas y privadas que pretenden la resolución de los conflictos, ejemplo de ello tenemos a la Asociación de Orientación Familiar (PREF).²²¹

²²⁰ Cfr. COSTA, Mercedes y FAJARDO, Paulino *La Mediación en los conflictos empresariales*, Revista Cambio 16, España, 14 de agosto de 2000, pag. 56.

²²¹ www.preforientfam.com, página consultada el día 20 de marzo de 2003.

a) Asociación de Orientación Familiar (PREF)

El PREF²²² es una asociación de Orientación Familiar que nace en Valencia por los años 1970. Es miembro de la fundación Internacional de la Familia cuya sede está en Zurich y en Barcelona la secretaria general. Forma parte como asociación española de la Federación Internacional de Asociaciones de Orientación Familiar, además es una asociación perteneciente al instituto Internacional de Orientación Familiar (I.I.O.F).

El I.I.O.F. se ha extendido por Europa, Estados Unidos, México, Canadá, Latinoamérica, África y Asia. Es miembro Consultor de la ONU desde enero de 1998.

◆ Objetivo

Su objetivo fundacional, con plena vigencia actual es, según se relaciona en los estatutos es de:

*“Renovar, fortalecer y mejorar la institución familiar, impulsando la formación intelectual y humana de sus miembros y, por ello contribuir a la difusión de aquellos valores que permitan la mejora de la persona y la sociedad, a base de promover, estimular y apoyar todas aquellas actividades que se encaminen a dichos fines.”*²²³

Lo que significa que la asociación pretende prevenir, informar, educar en los aspectos relacionados con las relaciones interpersonales del matrimonio, la pareja, la familia y con los aspectos psicoeducativos de los hijos, además de orientar, asesorar en los diversos problemas

De lo que se desprende, que ante situaciones de conflicto que experimentan las parejas y las familias, dicha asociación interviene terapéuticamente en los ámbitos de la pareja, de la familia y de los miembros, según las diversas situaciones y características de los problemas, crisis, conflictos, rupturas y patologías de los casos presentados.

²²² Cfr. www.preforientfam.com, página consultada el día 20 de marzo de 2003.

²²³ www.preforientfam.com, página consultada el día 20 de marzo de 2003.

En estas terapias de pareja, el PREF promueve de forma integral los valores del matrimonio y de la familia de tal forma que favorezcan la estabilidad y el desarrollo armónico de la misma y su dimensión trascendente.

Las perspectivas desde las que se realizan estos objetivos son las siguientes:²²⁴

En PREF crea una visión sistemática de la familia, considerando a la misma como un todo integrado, por lo que el tratamiento de los problemas o dificultades de sus miembros ha de ser situado en el contexto del todo familiar.

Existe un tratamiento multidisciplinario e interdisciplinario, respecto a las diferencias de credos y potenciación de los recursos y valores de los usuarios tomando en consideración su llamada unidad "*psico-física-espiritual y trascendente,*" además favorece el tratamiento integral de las distintas dimensiones que los problemas familiares tienen.

♦ Servicios que ofrece el PREF

De acuerdo con la información ofrecida por esta asociación, los servicios que se ofrecen son variados en concordancia con los objetivos antes expuestos. Tienen una marcada orientación psicosocial, pedagógica, sexual y jurídica, dichas funciones son:

- Información
- Orientación matrimonial y familiar
- Terapia familiar, de pareja e individual
- Información y orientación sexual y planificación familiar
- Asesoría jurídica civil, canónica y orientación ético-moral
- Prevención y educación familiar.
- Orientación de la infancia y de la juventud
- Preparación al matrimonio: cursos, seguimiento de pareja, etc.

²²⁴Cfr. www.preforientfam.com, página consultada el día 20 de marzo de 2003.

- Investigación de la problemática familiar en general, y en particular de la registrada en los casos tratados en los conflictos de orden familiar.
- Problemas de dinamización socio-familiar, de la mujer y de los abuelos
- Mediación familiar
- Tratamientos de patologías diversas: adicciones (alcoholismo, ludopatía y toxicomanía), depresiones y otros
- Asesoramiento y tratamiento psicopedagógico de la infancia y juventud
- Orientación y tratamiento de la problemática de las nuevas formas de familia

◆ **Actividades**

Las actividades, que según el PREF realiza, se centran principalmente en tres: orientación y tratamiento de los casos; actividades informativas y formativas: cursos monográficos (0-3 años, 4-9 años, adolescencia, relaciones matrimoniales, tercera edad), conferencias, charlas coloquio etc.; y en tercer lugar: la investigación, que es una actividad interior que se centra en la formación de nuevos orientadores, profesores y moderadores de los programas, así como de la actualización y reciclaje tanto de los cursos como de las personas que trabajan en la asociación.

Según datos aportados por esa asociación, el Gabinete es atendido por profesionales de la medicina, pedagogía, psicología, abogacía y orientadores familiares, y combina la orientación personal y especializada con el trato humano, paciente y de cariño que las personas inmersas en circunstancias de “patología familiar” necesitan y no encuentran en otros ámbitos profesionales.

Asimismo, se señala que los Programas de orientación familiar supone van dirigidos a parejas y matrimonios que quieren mejorar su relación familiar y formarse como educadores de los hijos. Para ello están divididos en cursos monográficos. El objetivo de los programas que realiza el PREF no es sólo transmitir conocimientos, sino también hacer pensar y poner a los participantes en situación de descubrir posibilidades de mejora en su propia relación y en la

educación de sus hijos. Es más pedagógico que las personas descubran por esfuerzo personal de reflexión.

b) Arbitraje y Mediación (ARyME)

Otros de los organismos que existen en España y que aplican la mediación es AryME,²²⁵ el cual fue fundado a finales de 1996 y es una empresa privada que se dedica exclusivamente a promover e impulsar métodos extrajudiciales para la solución de disputas mercantiles y civiles, así como administrar los asuntos que le son encargados.

Los datos ofrecidos nos dicen que AryME, cuenta con la colaboración de expertos árbitros, mediadores y auditores en multitud de especialidades profesionales, e efecto de que pueda solucionar sus asuntos de forma eficaz y confidencialmente.

De acuerdo a la información presentada por AryME, ésta cuenta con 500 árbitros, mediadores y evaluadores, y con la colaboración de cerca del millar de profesionales en países tan diversos como Argentina, Brasil, China, Egipto, Eslovenia, Estados Unidos, India, Italia, Jordania, Malta, Perú y Uruguay.

Según con este centro, su función es de ayudar al particular a resolver posibles diputas en prácticamente cualquier campo como de construcción, marítimo, nuevas tecnologías, propiedad intelectual, industrial y franquicia, es decir en los sectores relacionados con la actividad empresarial.

Además, de acuerdo con esta información, es la única empresa en Europa que ofrece servicios de arbitraje nacional e internacional, mediación, y de evaluación neutral en España y en cualquier parte del mundo.

²²⁵ Cfr. www.aryme.com; página consultada el día 26 de marzo de 2003.

De lo descrito concluimos que ARyME gestiona y sus árbitros arbitran, desde la más absoluta imparcialidad hacia los protagonistas que convergen en una relación contractual mercantil, el uso de su cláusula de arbitraje es gratuito, además de que su normativa procesal es pública, las partes pueden elegir a su árbitro en listas abiertas, y el árbitro habrá de demostrar documentalmente su imparcialidad hacia todos los implicados.

2.2.2 Suiza

En el año de 1994, en Ginebra (Suiza), fue creado el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI²²⁶ para ofrecer servicios de arbitraje y mediación en relación con controversias internacionales comerciales entre partes privadas.

Se señala, que los procedimientos que ofrece el centro son desarrollados por expertos de renombre en la solución de controversias internacionales, se consideran especialmente adecuados para controversias en el campo de la tecnología, el espectáculo y otras controversias en materia de propiedad intelectual a escala mundial.

Uno de los procedimientos de solución de controversias administrados por el centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI es la mediación. La mediación, en Suiza es también conocida como conciliación, y es considerada como un procedimiento en el que un intermediario neutral, el mediador, a petición de las partes en una controversia, procura prestarles asistencia para llegar a una solución mutuamente satisfactoria. El mediador no tiene autoridad para imponer una solución a las partes.

La mediación es también voluntaria en el sentido de que cualquiera de las partes, si así lo deciden, podrán abandonar la mediación en cualquier etapa anterior a la firma de una solución concertada.

²²⁶ Cfr. www.arbiter.wipo.int/mediacion/index.es.html; página consultada el día 24 de marzo de 2003.

Según datos de este centro, el mismo ofrece la mediación seguida de arbitraje, en ausencia de una solución, de la controversia. Este procedimiento combina en forma secuencial los procedimientos de mediación y de arbitraje. Cuando las partes acuerdan someterse a este procedimiento, deben tratar de resolver primero la controversia a través de la mediación. Si no se llega a una solución a través de la mediación dentro de un plazo designado por las partes (se recomiendan 60 ó 90 días), cualquiera de las partes podrá someter la controversia a arbitraje a fin de que se dicte una decisión obligatoria.

2.3 Latinoamérica

Durante la pasada década, la mediación ha sido uno de los medios de resolución de conflictos de mayor utilización en los países latinoamericanos.

Como en los demás países del mundo, la facilidad de acceso a la mediación y sus bajos costos, son algunas de las características que invitan a los ciudadanos latinoamericanos a utilizar los servicios de los mediadores, como observaremos a continuación:

2.3.1 Argentina

Con el fin de promover la modernización de la Justicia Argentina y la aplicación privada y pública de técnicas de resolución de conflictos se crea el 30 de septiembre de 1991 en la Ciudad de Buenos Aires, República Argentina la Fundación Libra²²⁷ como una institución privada sin fines de lucro y autorizada por la Inspección General de Justicia de la Nación el 28 de mayo de 1992.

²²⁷ Cfr. www.fundacionlibra.org.ar; página consultada el 27 de marzo de 2003.

a) **Fundación Libra**

Según los datos proporcionados por la Fundación Libra,²²⁸ sus creadores participaron activamente con las Autoridades Nacionales, en la introducción de los Métodos Alternativos de Resolución de Disputas en la Argentina e integraron la Comisión Especial creada por el Ministerio de Justicia por el decreto 1480/92, para elaborar el Proyecto de Ley de Mediación. Cuatro años de constante trabajo por parte de los miembros de Libra, ha sido la sanción de la Ley Nacional de Mediación N° 24.573 y su Decreto Reglamentario, que establece a la Mediación como instancia obligatoria previa a los juicios civiles y comerciales.

Se señala también, que los integrantes de la Fundación Libra constituyen un grupo interdisciplinario de jueces, abogados, escribanos, psicólogos, investigadores, profesores universitarios, mediadores y expertos en negociación, que desde sus inicios ha centrado su actividad en la introducción y difusión de los Métodos Alternativos de Resolución de Disputas en la Argentina y países de la región.

De acuerdo con la información aportada por esta fundación, ésta ha realizado la planificación Integral de varios Centros de Mediación privados y comunitarios, ha puesto en marcha planes de Mediación Juvenil y Escolar, además que su asesoría ha sido requerida por organismos oficiales y otras organizaciones.

Se menciona que dicha fundación edita una revista periódica, ideada y dirigida por los miembros de la institución, que publica en cada número trabajos de expertos nacionales y extranjeros sobre temas como Mediación, Conflicto y Métodos de Resolución Alternativa de Disputas. Proporciona además información acerca de los proyectos oficiales, iniciativas privadas, cursos y visitas al país de especialistas en estos campos.

De los datos estudiados, se desprende que actualmente la Fundación Libra es la organización más activa en la República Argentina en materia de difusión, capacitación y

²²⁸ *Idem.*

apoyo al desarrollo de los Métodos Alternativos de Resolución de Disputas, ya que toda clase de asuntos legales.

Se comenta que además de adoptar una estructura flexible, integrada por más de sesenta profesionales de todas las áreas que hacen al asesoramiento empresario, como ingenieros de todas las especialidades: agronomía, sistemas informáticos, electrónica, química, obras civiles, etc., de arquitectos, profesionales médicos, farmacólogos, de especialistas en marketing, en estudios de mercado, en logística, expertos en administración de empresas, en selección de personal, en economía y temas contables y tributarios.

De acuerdo con esta fundación, la mediación está próxima a implementarse, como otro medio de resolución de conflictos jurídicos, que a diferencia del litigio judicial y el arbitraje, es un medio no adversativo, donde las partes cooperan en la solución y no contienden.

b) Centro de Mediación y Arbitraje (MEDyAR)

La información que nos pone a la vista MEDyAR²²⁹ es que a principio de los años 90, fueron recibidos en Argentina los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos mismos que dieron paso, primero a la curiosidad y, posteriormente, al convencimiento de aquellos que, conscientes de las limitaciones que los esquemas tradicionales (adversariales) presentaban a la hora de dirimir disputas, buscaban respuestas en otras fórmulas no convencionales.

Como observamos en 1995, la Ley 24.573 de mediación civil y comercial obligatoria abrió la puerta a la Mediación en el país de Argentina, como método alternativo a los existentes.

²²⁹ Cfr. www.medyar.com; página consultada el 28 de marzo de 2003.

Por lo que varios grupos de profesionales, convencidos de las posibilidades del método, aunaban sus esfuerzos en un proyecto común, entre ellos encontramos al Centro de Mediación y Arbitraje (MEDyAR),²³⁰ que realiza más de 800 mediaciones públicas y privadas.

En este centro, se dice que se desarrolla una labor docente y de capacitación, como entidad formadora habilitada por el Ministerio de Justicia, que tiene por objetivo, promover la mediación y la negociación como técnicas alternativas de resolución de conflictos, fomentando la participación, capacitación y entrenamiento de aquellos integrantes de la comunidad que desean transformarse en verdaderos constructores de una cultura para la paz, mejorando la comunicación entre las partes en litigio y tratando de preservar las relaciones interpersonales.

Como observamos es aplicada la mediación en Argentina, ya que sus nacionales consideran que los métodos tradicionalmente empleados a la hora de enfrentar y resolver los diversos conflictos entre los argentinos, son basados en criterios de “ganador-perdedor” o en esquemas autoritarios o de decisión por parte de un tercero, y han demostrado ser poco eficaces. Considera este Centro que a menudo, se soluciona el problema puntual, pero en origen del conflicto sigue latente. Los interesados pierden el control sobre la solución a su conflicto y, generalmente, las relaciones personales se deterioran a lo largo de un proceso lento y desgastante.

Atendiendo a estos datos proporcionados, en pocos de los países como en Argentina, el acuerdo celebrado en una mediación privada tiene los mismos efectos que el acuerdo arribado en una pública, siempre y cuando se efectúe la mediación, ante un mediador registrado ante el Ministerio de Justicia de la Nación.

²³⁰ *Idem.*

c) Equipo Interdisciplinario Capacitador en Mediación Educativa

Otro de los grupos de profesionistas, que en Argentina se han preocupado por resolver la conflictiva en su país es el Equipo Interdisciplinario Capacitador en Mediación Educativa,²³¹ el cual es un grupo de profesionales que aplican a la mediación en el ámbito educativo en especial, con el objeto de ayudar a enfrentar los desafíos de la educación en el nuevo milenio.

Dicho equipo considera que la mediación en todos los ámbitos: escolar, familiar, empresario, laboral, encierra una experiencia de aprendizaje para quienes participan de ella, conectando a las personas con sus valores, sentimientos, el respeto por el otro, la generación y evaluación de opciones dando ocasión de adquirir nuevas herramientas para enfrenar futuros conflictos.

2.3.2 Colombia

El Director del Instituto de Política Familiar en Colombia Lic. Pablo Niceto Loaiza en la conferencia magistral “Familia y Capital Social” ofrecida el pasado 7 de noviembre del dos mil tres en el Congreso Internacional sobre la Familia, “La Familia Hoy, Derechos y Deberes” con sede en esta Ciudad Capital, manifiesta que el efecto de la utilización de la mediación demuestra la suspensión en la congestión de las causas presentadas ante los tribunales nacionales, como es el caso de Colombia.

Por este motivo esta figura es normalmente implementada como una de las estrategias para lograr la descongestión de los despachos judiciales y agilizar los términos de expedición de las sentencias por parte de los jueces. Sin embargo no encontramos referencias sobre centros creados para tales efectos.

²³¹ Cfr. www.mediacioneducativa.com; página consultada el 28 de marzo de 2003.

2.3.3 Chile

En Chile, la Cámara de Comercio de Santiago, consciente de la necesidad de implementar nuevos mecanismos que permitan lograr la resolución efectiva de controversias en el mundo empresarial, creó en 1992 el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (CAM Santiago).²³²

a) Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (CAM Santiago)

Según la información ofrecida por este centro, el mismo ha brindado el servicio de arbitraje, incorporando en 1998 la Mediación como un nuevo mecanismo de resolución de disputas comerciales, con el objeto de ofrecer a la comunidad empresarial métodos adecuados y expeditos para la resolución de las controversias propias del ámbito comercial.

El CAM considera a la mediación como un método voluntario de solución de controversias, a través del cual las partes en disputa negocian directamente, asistidas por un mediador experto y neutral. Este las ayuda a comunicarse en forma efectiva y a generar soluciones creativas a su problema. Además, cuenta con un cuerpo de mediadores integrado por abogados, ingenieros y psicólogos, especialmente entrenados por la institución en las técnicas de negociación y mediación de acuerdo a la metodología de la Universidad de Harvard.

Asimismo, observamos que el CAM Santiago incentiva a la investigación académica y fomenta la educación de la comunidad en materia de resolución alternativa de controversias, a través de la organización de, artículos sobre mediación y arbitraje, entre otros.

En el ámbito internacional, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago es Sección Chilena de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), con sede en Washington. También, mantiene estrecha colaboración con la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, como miembro de la Corte Internacional de

²³² Cfr. www.camsantiago.com; página consultada el 25 de marzo de 2003.

Arbitraje.²³³

Encontramos en los datos aportados por el CAM, que el acuerdo de arbitraje internacional contiene el compromiso de incentivar la elaboración de un reglamento procesal común, a ser utilizado por las entidades arbitrales privadas de los países miembros del MERCOSUR.

b) NECSO

Dentro de las empresas privadas que incentivan a la mediación en Santiago, Chile encontramos a la NECSO,²³⁴ dicha empresa consultora, fue constituida como sociedad de responsabilidad limitada en 1999. Es una red de profesionales de diversas especialidades y formaciones académicas, cuya especialización es en el ámbito de la negociación, mediación y resolución de conflictos organizacionales.

Según datos ofrecidos por el propio centro, éste tiene su origen en el Programa de Negociación y Resolución de Conflictos (PNRC) creado en 1995. Esta empresa desarrolla sus proyectos sobre la base de un diseño multidisciplinario para introducir una nueva visión sobre el desarrollo y el tratamiento resolutivo de los conflictos en procesos de negociación, centrando sus objetivos en proporcionar un conjunto de conocimientos útiles y herramientas válidas para involucrar a los actores sociales en una dimensión más sustentable del desarrollo humano.

Agrega, que realiza sus actividades principales en las áreas de investigación, extensión, educación, capacitación y asesorías, en el ámbito de las instituciones públicas, las organizaciones sociales, el sector privado y las entidades universitarias.

En otro orden de ideas, se señala que en sus distintos campos de aplicación, ha desarrollado programas de capacitación y asesoría en salud pública, educación

²³³ *Idem*

²³⁴ Cfr. <http://necso.8m.com/>, página consultada el 26 de marzo del 2003.

municipalizada, agencias estatales, administración pública regional, gestión comunal, ministerios de gobierno, así como también, en organizaciones de la sociedad civil y en la empresa privada, básicamente en procesos de cambio organizacional, estrategias de desarrollo y negociación de conflictos institucionales.

Además incorpora dentro de sus actividades permanentes, el Área de Educación y Especialización Profesional, que persigue introducir en entidades académicas, los principios fundamentales de la Negociación Sinérgica y la Resolución Creativa de Conflictos.

Uno de sus objetivos iniciales centrales, ha sido la realización de una serie de acciones tendientes a difundir y establecer vínculos con organizaciones públicas, privadas y sociales nacionales e internacionales para el desarrollo de experiencias conjuntas.

Encontramos en la información ofrecida por NECSO, que éste ha establecido vínculos en el ámbito internacional con el Programa de Especialización en Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia; el Programa de Análisis y Transformación de Conflictos de Eastern Mennonite University, Virginia, EE.UU, el Instituto Peruano de Resolución de Conflictos y Mediación, IMPRECOM de Perú; el Centro de Investigación para la Paz, GERNIKA GOGORATUZ, País Vasco, España; y el Centro de Resolución de Conflictos, ENCORE, de Dinamarca.

En el ámbito nacional, ha establecido nexos con el Centro de Arbitrajes y Mediaciones de la Cámara de Comercio de Santiago; el Programa de Resolución de Conflictos, Anexo a Tribunales del Ministerio de Justicia; el Observatorio de Conflictos Ambientales del Instituto de Ecología Política; y los Centros de Mediación de Conflictos de Santiago y Valparaíso de la Corporación de Asistencia Judicial.

En el marco de la realización de seminarios nacionales, ha estrechado lazos con organizaciones sociales (sindicatos, asociaciones de funcionarios públicos, asociaciones gremiales; federaciones universitarias y organizaciones no gubernamentales).

Se desprende de la información aportada, que una de las causas del surgimiento de NECSO, fue la invitación que recibió la organización para asistir a la Primera Conferencia Iberoamericana de Paz y Tratamiento de Conflictos, CIAPTC-1 en Bogotá, Colombia, a través de su Programa de Negociación y Resolución de Conflictos.

Por último la NECSO, es considerada como miembro de la Secretaría Ejecutiva de la Segunda Conferencia Iberoamericana de Paz y Tratamiento de Conflictos.

2.3.4 Paraguay

Atendiendo a la información presentada por el Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay,²³⁵ los paraguayos consideran que incluir la figura de la mediación por primera vez en su legislación, permitirá establecer al igual que los otros países del MERCOSUR, una política de acceso a la justicia nacional, regional e internacional.

También encontramos que los antecedentes de prácticas naturales en la cultura paraguaya de la mediación datan desde los últimos cuatro años, gracias a la labor de capacitación, divulgación y práctica que vienen realizando profesionales del medio en el área civil y comercial, familiar y comunitaria, la figura ha tenido un desarrollo práctico importante.

Para cumplir con este objetivo, se desprende que ha sido diseñado dentro este proyecto un sistema privado, por medio del cual los mediadores serán profesionales honorables del medio jurídico paraguayo, que debidamente capacitados prestaran sus servicios a la justicia por medio de los Centros de Mediación creados para este efecto. Por lo tanto consideran los paraguayos, que la creación de esta nueva institución jurídica, duplica la capacidad de su sistema jurídico de solucionar controversias, sin generar gastos o mayores costos al Estado paraguayo.

²³⁵ Cfr. www.medyar.com; página consultada el 25 de marzo de 2003.

Además consideran que al igual que el arbitraje, esta figura creará nuevas fuentes de trabajo e ingresos a los profesionales del Paraguay, principalmente los abogados, psicólogos, licenciados en comunicación, entre otros.

Uno de los centros privados de mediación es el Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay,²³⁶ que se originó en el contexto del Proyecto de Arbitraje Comercial, parte integrante del Sub-Programa “A” Reformas al Marco Regulatorio de las Inversiones, componente del “Programa de Apoyo al Programa Sectorial de Inversiones”, administrado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), con el objetivo de crear las condiciones adecuadas para promover el desarrollo de las inversiones extranjeras en la República del Paraguay.

Refieren datos ofrecidos por Medyar,²³⁷ que el 12 de febrero de 1996 se celebró un convenio de colaboración entre el Ministerio de Industria y Comercio, así como la Cámara y Bolsa de Comercio, con el objeto de instalar y poner en funcionamiento un centro de Arbitraje y Mediación.

También observamos que durante la ejecución del Proyecto de Arbitraje Comercial, el Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay se constituyó como organismo de la Cámara y Bolsa de Comercio, por medio de la modificación de sus estatutos sociales aprobada en la Asamblea General Extraordinaria de Socios celebrada en fecha 24 de octubre de 1996, acto constante en escritura pública No. 235, autorizada por la Notaria Pública Marina Galeano Suárez, inscrita bajo el No. 224 y al folio 2179, y siguientes en la Sección Personas Jurídicas y Asociaciones de la Dirección General de los Registros Públicos, en fecha 21 de marzo de 1997.

Por otro lado encontramos, que desde 1998 el Centro presta Servicios de Arbitraje y Mediación, Asesorías, capacitación y Difusión de Medios de Resolución de Conflictos a la

²³⁶ *Idem*

²³⁷ *Idem*

comunidad. Este centro es una entidad privada sin fines de lucro, constituida para promover en forma institucionalizada la aplicación de Métodos de Resolución de Disputas en la sociedad, cuyas ventajas radican en su rapidez, confidencialidad, informalidad, flexibilidad, economía y especialidad.

También refiere este centro, que es la subsele nacional paraguaya de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) y es miembro activo de la Secretaría de Arbitraje y Mediación del Consejo de Cámaras de Comercio del MERCOSUR.

Los datos aportados por el Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay, describen que el mismo ofrece servicios profesionales al sector privado para la resolución de controversias comerciales cooperando con el sistema tradicional de justicia, además facilita una resolución eficaz, eficiente e imparcial de controversias comerciales, promoviendo actividades educacionales y de capacitación para el público en métodos alternos de resolución de controversias como por ejemplo: la negociación, la Mediación y el Arbitraje.

2.3.5 Puerto Rico

Encontramos que la legislación de Puerto Rico si regula los medios alternativos de solución de controversias, por lo que fue creado al amparo del Reglamento de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Tribunal Supremo de Puerto Rico, aprobado el 25 de junio de 1998 (4 LPRA Ap. XXIX), el instituto denominado “El Negociado de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos,”²³⁸ mismo que es un organismo público del país de Puerto Rico.

Dicho Reglamento consigna la política pública de la Rama Judicial en:

²³⁸ Cfr. www.tribunal.org/Mediacion%20de%20conflictos.html; página consultada el día 24 de marzo de 2003.

“Fomentar la utilización de mecanismos complementarios al sistema adjudicativo tradicional con el fin de impartir justicia en una forma más eficiente, rápida y económica.”²³⁹

Dicha institución tiene como función principal la de implantar la política pública relacionada con los métodos alternos de solución de conflictos y está adscrito a la Oficina del Juez Presidente del Tribunal Supremo.

Asimismo, encontramos tiene funciones diversas tales como: de reglamentación, fiscalización, adiestramiento y supervisión. Esta última función comprende la supervisión técnica de todos los Centros de Mediación de Conflictos del Tribunal General de Justicia.

Sus funciones específicas las podemos dividir en cinco rubros y son las siguientes:

a) Política Pública

- ✦ Implantar una política pública de la Rama Judicial expuesta en la Regla 1.01 del Reglamento de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos.
- ✦ Aprobar manuales normativos para los diferentes programas alternos adscritos a la Rama Judicial.

b) Educación Continua y Adiestramiento

- ✦ Servir como recurso para la educación e investigación sobre los métodos alternos para la solución de conflictos.
- ✦ Determinar los requisitos de educación continua para los interventores y las interventoras neutrales en sus respectivas áreas.
- ✦ Proveer adiestramiento a los interventores neutrales adscritos a la Rama Judicial.

²³⁹ www.tribunal.org/Mediacion%20de%20conflictos.html; página consultada el día 24 de marzo de 2003.

- ✦ Proveer orientación y adiestramiento a su personal, a otros profesionales y al público en general sobre la disponibilidad y el uso de los servicios de métodos alternos para la solución de conflictos.

c) Certificación

- ✦ Certificar a los interventores neutrales privados que interesen prestar servicios ocasionales a la Rama Judicial y a aquellos adscritos a éstas.

d) Supervisión y Asistencia Técnica

- ✦ Proveer asistencia técnica a los programas alternos adscritos a la Rama Judicial.
- ✦ Coordinar y supervisar los distintos centros de mediación de conflictos de los centros judiciales.

e) Investigación y Evaluación

- ✦ Establecer mecanismos de evaluación constante de los programas adscritos a los tribunales para precisar su efectividad. Estos mecanismos incluirán la recopilación de estadísticas.
- ✦ Establecer mecanismos de evaluación y supervisión de los interventores y las interventoras neutrales adscritos a la Rama Judicial.

Como pudimos observar, esta institución u organismo es aplicable en el ámbito nacional, sin embargo existen siete centros aplicables en el ámbito regional, como por ejemplo en las regiones de Fajardo y Humaco que fueron los últimos en crearse, como lo aseveran especialistas de Métodos Alternos en Puerto Rico como Rosa Santiago Concepción y Manuel Gatell González:

*“Las regiones judiciales de Fajardo y Humacao ya cuentan con los servicios de Centros de Mediación de Conflictos (CMC) adscritos al Negociado de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos.”*²⁴⁰

Es de suponerse, que estos nuevos centros amplían los servicios de mediación que la Rama Judicial de Puerto Rico ofrece a la población. Estos siete centros sirven de sede a las Regiones Judiciales de dicho país.

Por último, es importante mencionar que todos estos Centros de Mediación de Conflictos tienen como objetivos los siguientes:

- ✦ Fomentar la participación de las personas en la búsqueda de alternativas para el manejo de sus controversias.
- ✦ Ayudar a las personas en sus controversias a llegar a acuerdos que consideren justos y razonables.
- ✦ Atender en forma sencilla, rápida y económica las controversias suscitadas.
- ✦ Servir como fuente de información, orientación y referidos.

2.4 Norteamérica

Para finalizar este apartado consideramos importante mencionar a Estados Unidos como uno de los países representativos de América del Norte en aplicación de la mediación tanto en el ámbito nacional como internacional; su importancia radica en que en este país tuvieron nacimiento los llamados procesos RAD, que previamente hemos analizado, destacando entre ellos al proceso de la mediación.

Entre los centros y organismos más destacados con los que Estados Unidos cuenta referentes a la mediación se encuentra el llamado INTER-MEDIACION, Inc.²⁴¹

²⁴⁰ *Idem.*

²⁴¹ www.inter-mediacion.com, página consultada el día 25 de marzo del año 2003.

a) INTER-MEDIACION, Inc.

Inter-mediación²⁴² es una compañía internacional, con sede en Fort Lauderdale, Florida, USA y fue fundada en 1996 con el propósito de ofrecer servicios tanto a nivel individual como organizacional en los campos de educación, consultoría, investigación y publicaciones en resolución de conflictos.

Estos servicios son basados principalmente en un enfoque sistémico, profundamente respetuoso de las diferencias culturales, y de la dignidad de las partes en disputa.

b) Centro Nacional sobre la Resolución de Disputas (CADRE)

El CADRE²⁴³ es aplicado en el ámbito educacional de los Estados Unidos, por lo que es financiado por el Departamento de Educación de los Estados Unidos, Oficina de Programas de Educación Especial.

Observamos que este centro, usa tecnología avanzada al igual que métodos tradicionales para proporcionar asistencia técnica a las agencias estatales para la implementación de los requisitos de mediación bajo IDEA '97.

Por otro lado, tiene como objetivo el apoyar a los padres, proveedores de servicios, educadores, y administradores para beneficiarse totalmente de las opciones continuas para la resolución de disputas que pueden prevenir y resolver el conflicto y finalmente resultar en sociedades informadas que se enfocan en los resultados para los niños y jóvenes.

²⁴² Cfr. www.inter-mediacion.com, página consultada el día 25 de marzo del año 2003.

²⁴³ Cfr. www.cadre.com; página consultada el día 29 de marzo de 2003.

2.5 DIFERENTES MODELOS DE CLÁUSULAS DE MEDIACIÓN INTERNACIONAL

En este apartado veremos algunos centros, asociaciones u organismos creados por diversos países en el uso de la mediación como “*medio diplomático*”²⁴⁴ en la solución de conflictos a nivel internacional, además estudiaremos modelos de cláusulas de mediación que son aplicadas por países en su uso.

Es importante mencionar, como dice Uribarri Carpintero,²⁴⁵ que la cláusula arbitral o de mediación que se elija o decida incluir en un contrato debe contener los elementos esenciales, como todo acto jurídico.

Además, se debe tener en cuenta que no es suficiente con la existencia de una cláusula de mediación para garantizar su éxito, ya que deben considerarse, al redactarla el derecho aplicable, las reglas procesales, la sede de la mediación, el idioma y si es una mediación implementada por un organismo especializado.

2.5.1 México

Como observaremos más adelante, México regula a la mediación como una figura para la solución de controversias entre particulares y naciones en lo que respecta a la materia de comercio a nivel nacional e internacional (lo que no significa la inexistencia de centros de mediación que trataremos en el Capítulo IV), por lo que podemos mencionar a la Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial A.C, el Centro de Arbitraje Mexicano (CAM) y la Cámara de Comercio (Canaco, D.F).²⁴⁶

²⁴⁴ ORTIZ AHLF, Loreta; *Derecho internacional Público*; Editorial Oxford; México 2000; p. 177

²⁴⁵ Cfr. URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.* p. 137.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 138.

a) Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial A.C

Esta Asociación civil mexicana de carácter privado sugiere la siguiente cláusula:

“Cualquier controversia o reclamación que surja o se relacione con este contrato o con el de incumplimiento del mismo, se resolverá mediante un arbitraje regido por el Reglamento de Arbitraje comercial de la Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial, A.C y el fallo que se pronuncie en el laudo dictado por un árbitro o árbitros se podrá reconocer y ejecutar ante cualquier tribunal que tenga jurisdicción para tales efectos.”²⁴⁷

De lo anterior se desprende que esta asociación únicamente hace referencia al arbitraje en carácter comercial y es aplicable a nivel privado entre conflictos que se susciten entre particulares, sin embargo utiliza al reglamento de Mediación y Arbitraje que es aplicable a nivel internacional.

b) La Cámara de Comercio (Canaco, D.F)

El 27 de agosto de 1874, un grupo de comerciantes establecidos en la Capital de la República Mexicana, fundan la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (Canaco, D.F).²⁴⁸

Según datos ofrecidos por la página en internet de la Canaco, D.F, conforme a la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones, en vigor desde enero de 1997, nuestra Cámara está considerada como una Institución de interés público, con personalidad jurídica y patrimonio propios.

Además, encontramos está constituida por empresarios para servir a los demás empresarios, tuvo como finalidad original representar los legítimos intereses de sus

²⁴⁷ *Idem*

²⁴⁸ Cfr. www.i-comercio.com.mx/who.html; página consultada el día 2 de abril de 2003.

integrantes, así como promover la unión gremial y elevar la ética en las operaciones mercantiles.

Asimismo, en México se han expedido cuatro Leyes que regulan la constitución y funcionamiento de las Cámaras Empresariales. El Poder Legislativo Federal aprobó estas leyes en 1908, 1936, 1941 y 1996. Algunos de los objetivos de nuestra Cámara, son los siguientes:²⁴⁹

- ✦ Representar y defender los intereses generales y particulares de los empresarios del comercio, los servicios y el turismo establecidos en el Distrito Federal.
- ✦ Fomentar el espíritu de unión gremial y promover su desarrollo integral.
- ✦ Actuar como órgano de consulta y colaboración con el Gobierno, para lograr un mejor entorno para las actividades productivas que representa.
- ✦ Procurar la solución de los conflictos que surjan entre los empresarios, por medio del arbitraje comercial.
- ✦ Operar el Sistema de Información Empresarial Mexicano (SIEM) como instrumento de planeación del Estado para elevar la competitividad de las empresas mexicanas.

Esta Cámara sugiere al celebrar un contrato, que las partes puedan pactar que los conflictos futuros sean resueltos de forma amistosa a través de la mediación de la Canaco, para tales efectos, podrán incluir la siguiente cláusula:

*“Cuando, en el caso de una controversia que se derive del presente contrato o se relacione con él, las partes deseen llegar a una transacción amistosa de esa controversia mediante la mediación, ésta tendrá lugar de conformidad con el Reglamento de Mediación de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.”*²⁵⁰

²⁴⁹ *Idem*

²⁵⁰ www.i-comercio.com.mx/who.html; página consultada el día 2 de abril de 2003.

Pero refiere, que en caso de que las partes de un contrato, no hayan pactado una cláusula para la solución de conflictos futuros, podrán someter una controversia existente a la mediación, mediante el uso de un acuerdo como el siguiente:

“Las partes del contrato (describir contrato) acordamos someter cualquier controversia, conflicto o reclamación que se derive o relacione del presente contrato, para su solución a través de la mediación administrada bajo las reglas de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México. El requisito de presentar una notificación de reclamación con respecto a la controversia o conflicto sometida a la mediación será suspendido hasta la conclusión del proceso de mediación.”²⁵¹

Por otro lado, en caso de que las partes deseen en primer término intentar una solución mediante la mediación y si esta no resulta exitosa, deseen que sea resuelta a través del arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, se recomienda que analicen la complejidad y cuantía de la potencial controversia y que incluyan la siguiente cláusula:

“Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.

Inmediatamente después de iniciado el arbitraje las partes intentarán una solución amistosa de la controversia mediante la mediación, ésta tendrá lugar de conformidad con el Reglamento de Mediación de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México. La autoridad nominadora del mediador será la Comisión de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México. El mediador será una persona diferente del árbitro o árbitros y no podrá ser designado árbitro en ese procedimiento.

Si las partes llegan a una transacción los árbitros la recogerán en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes.”²⁵²

²⁵¹ *Idem.*

²⁵² *Idem.*

Cabe señalar, que tanto el Reglamento de Mediación como el Reglamento de Arbitraje de la Canaco, D.F son aplicables para los casos de mediación y arbitraje internacionales. A ese efecto se puede utilizar, según corresponda, cualquiera de las cláusulas arriba sugeridas.

Para el caso de arbitrajes internacionales en que intervengan partes con residencia en países que forman parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, la Canaco D.F está autorizada para participar como institución arbitral de Cláusulas del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA).

En esta situación, las partes pueden convenir que los conflictos futuros sean resueltos a través de la mediación utilizando los servicios del CAMCA, insertando la siguiente cláusula en su contrato:

“Las partes acuerdan que harán el esfuerzo necesario a efecto de solucionar cualquier controversia o reclamación derivada o relacionada con el presente contrato, siempre que dicha controversia no pueda ser resuelta mediante discusiones directas entre las partes, a través de la mediación administrada por el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas bajo sus reglas, antes de recurrir al arbitraje, litigio o algún otro procedimiento de solución de controversias. El requisito de presentar una notificación de la reclamación con respecto a la controversia sometida a la mediación, será suspendido hasta la conclusión del proceso de mediación.”²⁵³

A falta de una cláusula en el contrato para la solución de conflictos futuros, las partes también podrán someter una controversia existente a la mediación, bajo las reglas del CAMCA, mediante el uso del siguiente acuerdo:

“Por este medio, las partes abajo firmantes acordamos someter la siguiente controversia, conflicto o reclamación (citar brevemente) para su solución a través de la mediación administrada bajo las reglas del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas. El requisito de presentar una notificación de reclamación con respecto a la

²⁵³ *Idem.*

controversia o conflicto sometida a la mediación será suspendido hasta la conclusión del proceso de mediación."²⁵⁴

Como alternativa, las partes podrán insertar en su contrato, una cláusula que estipule en primer lugar la mediación bajo las Reglas de Mediación del CAMCA, y si la mediación es infructuosa, la controversia será sujeta al arbitraje bajo las Reglas de Arbitraje del CAMCA. Esta cláusula podrá ser redactada en los siguientes términos:

*"Las partes están de acuerdo en esforzarse para dar solución a cualquier conflicto, controversia o reclamación que se derive o relacione con el presente contrato, que no puedan resolver mediante discusiones directas, a través de la mediación administrada por el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas, bajo sus reglas, antes de acudir al arbitraje. En adelante, cualquier conflicto, controversia o reclamación que surja o esté relacionado con este contrato, será solucionado mediante arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas, de acuerdo con sus reglas, y la resolución dictada en el laudo por el árbitro, el cual podrá ser presentado en cualquier tribunal que tenga jurisdicción sobre el mismo. El requisito de llevar a cabo una notificación de la demanda con respecto a la controversia, conflicto o reclamación sujeta a la mediación será suspendido hasta la conclusión del proceso de mediación."*²⁵⁵

2.5.2 De la American Arbitration Association (AAA)

La AAA (Asociación Americana de Arbitraje)²⁵⁶ es utilizada para resolver una gran variedad de conflictos mediante la mediación, el arbitraje o mediante otros procedimientos alternativos de disputas.

Encontramos, que esta asociación ha florecido por 75 años como un incomparable compromiso del progreso en los procesos de solución alternativas de disputa (ADR), además es una asociación de facilidad en los cambios y la innovación de servicios.

²⁵⁴ *Idem.*

²⁵⁵ *Idem.*

²⁵⁶ Cfr. www.adr.org/index2.1.jsp; página consultada el día 2 de abril de 2003

También observamos que esta asociación es considerada como medio alternativo de disputas, además de ser un recurso en paneles, reglas, administración, en la educación y servicios de enseñanza, que ofrecen en bajos costos, diversos negocios y la industria, entre clientes y negocios familiares.

Según datos estadísticos ofrecidos por la propia asociación, más de 218,000 casos son administrados por la AAA, tan sólo en el 2001 fueron resueltos más casos mediante la mediación y el arbitraje que por los métodos formales de resolución de disputas.

Se menciona que la AAA cuenta con un foro que escucha las disputas mediante 34 oficiales nacionales y dos Centros Internacionales en Nueva York y Dublín, además cuenta con reglas y procedimientos que han sido aprobados por este país y cerca de 11,000 expertos imparciales en la materia, que atienden y resuelven diversos casos.

Las personas que resuelven dichos casos son personas reconocidas con alta experiencia e imparcialidad, además de ser seleccionados en una Lista Nacional de Árbitros y Mediadores en la materia de la enseñanza y la industria.

Se dice que tales profesionales se conducen por el Código de Ética de la Asociación y son preparados por un colectivo comité de la AAA y de la Asociación Bar Americana, y el Modelo Estándar de Conducción de Mediadores, creado por dichas Asociaciones, y la Sociedad de Profesionales en Solución de Disputas.

Por otro lado, observamos que la AAA se asiste de diversos sistemas de medios alternos de solución de disputas (ADR) como: corporaciones, uniones, agencias de gobierno, tribunales y cortes. Además juega un importante instrumento en el papel de sistemas estables, que utilizan gran variedad de técnicas de resolución de disputas, para dirigir y acabar con las disputas que se existen, como en lo que respecta a la materia de trabajo, de consumo, tecnología, cuidado de la salud, quiebras, servicios financieros, contabilidad, tratados internacionales y reclamos comunales.

Nos hemos percatado que como un organismo público sin fin de lucro, la Asociación Americana de Arbitraje proporciona educación y adiestramiento en el uso de medios de resolución de disputas. Por ejemplo el Departamento de Servicios Educativos de la Asociación celebra seminarios de disputas y enseña técnicas de solución de disputas que requieren diversas corporaciones, uniones, agencias gubernamentales y organizaciones legales.

En esta tesitura, la Cláusula arbitral y mediación que la American Arbitration Association (AAA) sugiere en su reglamento es la siguiente:

“Cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o se relaciones con él se podrá determinar por medio del arbitraje en conformidad con la American Arbitration Association (AAA).”²⁵⁷

Además señala, que las partes deben considerar el número de árbitros o mediadores, que pueden ser de uno a tres, el lugar donde se lleve a cabo la mediación o arbitraje y el idioma.

2.5.3 Cláusula que recomienda el Centro de Resolución de Controversias de México Estados Unidos de América (CRC)

Esta cláusula recomienda que:

“Todo litigio controversia o reclamación resultante de este contrato (arbitraje o mediación), o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje (o mediación), de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución de Controversias.”²⁵⁸

La Autoridad nominadora será el Centro de Resolución de Controversias de México Estados Unidos de América.

²⁵⁷ www.adr.org/index2.1.jsp; página consultada el día 2 de abril de 2003

²⁵⁸ URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *Ob. Cit.*; p. 139

Como observamos este centro se refiere al uso del Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución de Controversias, pero como mencionamos al principio de este capítulo aunque incluya la palabra arbitraje sabemos que se refiere también a al mediación, como medio alternativo de disputas.

2.5.4 Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC)

Podemos mencionar como primer antecedente de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial,²⁵⁹ a la Primera Conferencia Financiera Panamericana de 1915, en la que se adopta el principio de arbitraje comercial para la solución de conflictos.

Atendiendo a lo dispuesto en esa Conferencia, la Cámara de Comercio de los Estados Unidos y la Cámara de Comercio Argentina celebraron un acuerdo bilateral relacionado con la solución de conflictos comerciales internacionales mediante arbitraje. Para 1922, la Cámara de Comercio de los Estados Unidos había firmado ocho acuerdos bilaterales similares.

De acuerdo con dicha Resolución, la conferencia patrocinó una investigación comprensiva de las leyes y prácticas comerciales en el hemisferio. El resultado fue informado a la VII Conferencia Internacional de los Estados Americanos, reunida en Montevideo, Uruguay (diciembre de 1933).

El reportaje recomendó que las organizaciones comerciales de las diferentes repúblicas, mas no sus gobiernos, debían de desarrollar un sistema Interamericano de Arbitraje. Además, sugirió que se adoptaran los principios uniformes para efecto de unificar las leyes existentes en materia de arbitraje, y así lograr que los procedimientos legales fuesen uniformes, mejor adaptados a las condiciones del comercio y hacer por lo tanto más efectivas las reglas de procedimiento.

²⁵⁹ Cfr. MONTOYA, Ulises; www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/historiaciac.html; página consultada el día 3 de abril de 2003.

Según el escritor Ulises Montoya,²⁶⁰ en cumplimiento de la Resolución de la VII Conferencia Internacional de los Estados Americanos, se constituyó en 1934 la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), bajo los auspicios de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA)

Menciona también, que hasta el 31 de octubre de 1980 la CIAC funcionó en Nueva York en las Oficina de la American Arbitration Association (AAA), a partir del 1 de Noviembre de dicho año trasladó sus oficinas al Edificio de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en Washington D.C.

Por otro lado agrega, que en 1958 la Comisión fue reorganizada, funcionando en los diversos países latinoamericanos a través de delegaciones o Comités locales, que mantenían listas permanentes de árbitros, y desarrollaban programas educativos para hombres de negocios, abogados y funcionarios gubernamentales.

Sigue describiendo este escritor, que el Comité Ejecutivo de la CIAC adoptó una Resolución formal apoyando la celebración de la primera de las tres conferencias en América Latina, encaminadas a desarrollar un programa trienal orientado hacia la reorganización de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y el sistema hemisférico sobre conciliación y arbitraje de controversias mercantiles.

De particular interés –nos comenta- fueron las resoluciones apoyando, la Convención de la Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de Junio de 1958, conocida como la Convención de Nueva York, y el Centro recientemente creado por el Banco Mundial para la Solución de Controversias sobre Inversiones.

Por último, hace referencia el propio autor, que se constituyen las Secciones Nacionales de la CIAC en diversos países del Hemisferio, las que en algunos casos sus integrantes fueron

²⁶⁰ *Idem*

Instituciones representativas de actividades comerciales, bancarias, industriales, agrícolas, exportadoras, mineras, etc.

✦ Objeto

Según datos ofrecidos por la CIAC,²⁶¹ ésta nace como un organismo privado, no gubernamental, que tiene por objeto establecer, y mantener un sistema interamericano de conciliación y arbitraje para la solución de las controversias comerciales internacionales.

Encontramos, que es trabajo de la Comisión administrar los arbitrajes internacionales en el Hemisferio Occidental, asistiendo así a las partes para que resuelvan sus controversias a través de la conciliación, la mediación y el arbitraje.

Por otro lado se desprende de los datos ofrecidos, que la Comisión desarrolla programas educativos e informativos para un mejor conocimiento e interés en la utilización del arreglo de las controversias mediante el arbitraje en los países del Hemisferio Occidental.

En cooperación con las secciones Nacionales, la Comisión provee servicio a las partes que requieren la conciliación y el arbitraje de acuerdo con las Reglas de la Comisión.

Entre otros propósitos que encontramos se encuentran: asistir en la modificación de las leyes de arbitraje para facilitar la conducción, el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Así mismo promueve las ratificaciones de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá).

²⁶¹ Cfr. www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/historiaciac.html; página consultada el día 3 de abril de 2003.

Observamos, que a partir de mediados de la década de los ochenta los objetivos de la CIAC incluyen los métodos alternativos de solución de controversias, participando activamente en programas de capacitación y difusión de los mencionados métodos a través de la ayuda de organismos internacionales y privados.

• ✦ Sede

De la información encontrada, vemos que la Dirección General de la CIAC corresponde a la Cámara de Comercio de Bogotá. Así mismo existe una oficina en la ciudad de Washington D.C., la que se encuentra ubicada en el edificio de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en dicha ciudad.

Asimismo a mediados de 1980, el ámbito de la Comisión se amplía, es así que además del campo americano incluye dentro de sus alcances a España, constituyéndose la Cámara de Comercio e Industria de Madrid como la Sección Nacional de la CIAC en España.

✦ Cláusula

En cuanto a la aplicación del Reglamento de la CIAC, vemos que el procedimiento arbitral se presenta en el caso del silencio de las partes sobre esta materia. Este es el único caso que encontramos que una Convención multilateral incorpora, como "jus dispositivum", el reglamento de una institución de arbitraje comercial.

Debido a que esta es una cláusula de un Tratado Internacional, si un país latinoamericano ratifica la Convención, entonces el reglamento de la CIAC posiblemente se sobrepondrá a las reglas procesales locales relacionadas con el arbitraje comercial.

2.6 OTROS CENTROS DE MEDIACIÓN

Hemos observado diversos centros, organismos y asociaciones de diversos países que utilizan a la mediación en diversos campos o materias en la resolución de disputas entre particulares como en el ámbito internacional, los cuales son los más conocidos o de los que mayores referencias e información tenemos, sin embargo existen otros que como al principio mencionamos que aunque en su nombre propiamente no llevan implícito la palabra mediación la utilizan como un procedimiento RAD, mismo que ya conocemos.

Estos organismos, centros o asociaciones son los que a continuación mencionaremos, así como a su país de origen:²⁶²

✦ República de Austria

- Centro Internacional de Arbitraje

✦ República de Bulgaria

- Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bulgaria

✦ Reino de Dinamarca

- Instituto Danés de Arbitraje (DIA)

✦ República Francesa

- Centro de Arbitraje y Mediación Rhone-Alpes
- Centro Europeo para la Negociación

²⁶² Cfr. www.aryme.com; página consultada el día 26 de marzo de 2003.

✦ **República de Costa Rica**

- Centro de Mediación de Costa Rica

✦ **Dominio de Canadá**

- Alberta Arbitration & Mediation Service (AAMS)

✦ **Nueva Zelanda**

- Instituto de Arbitraje y Mediación
- Centro para la Resolución de Conflictos

✦ **República de Bolivia**

- Centro de Conciliación y Arbitraje de La Paz
- Centro de Arbitraje y Mediación de Cochabamba

✦ **República Federal de Brasil**

- Centro de Conciliación y Arbitraje de la
- Cámara de Comercio de Sao Paulo

✦ **República de Chile**

- Centro de Arbitrajes y Mediaciones de Santiago

✦ **República del Perú**

- Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa

✦ **República Popular China**

- Centro de Mediación – Hong-Kong

✦ **Estados Unidos de América**

- ADR & Mediation Resources
- Academy of Family Mediators
- CPR Institute for Dispute Resolution
- National Academy of Arbitrators
- Society of Professionals In Dispute Resolution
- The Chartered Institute of Arbitrators

Como pudimos observar a lo largo de este capítulo, existen diversos centros, organismos y asociaciones en varios países que utilizan a la mediación como proceso alternativo de solución de disputas entre particulares, sin embargo nos hemos percatado que no todos ellos son regulados por las legislaciones del país de origen, por lo que sus resoluciones no tiene todavía fuerza jurídica, pero es lo que pretenden al implementar dichos medios de solución principalmente la mediación que es la más descuidada por quienes consideran que el medio más factible de resolución de disputas es el tradicional.

Amén, de lo anterior, Argentina por ejemplo, que regula a la mediación en su legislación y que sienta sus bases al uso de la fuerza jurídica al ejecutar los acuerdos que renacen de esta figura es un país que junto con sus diversos organismos públicos y privados resuelve con éxito las disputas entre sus nacionales satisfactoriamente.

Por otro lado nos hemos percatado, que los ámbitos de aplicación en diversos países son diversos, pero que su enfoque es principalmente el área del comercio, educación y en el ámbito familiar. Como su origen de los procedimientos RAD se asienta en el ámbito empresarial nosotros pensamos que es el área más evolucionada y la que más se aplica esta figura de la mediación.

En el ámbito internacional, observamos que la mediación está en todas partes del mundo y que aunque sus centros, organismos y asociaciones no empleen este término “mediación”, la utilizan. Pero que es más usual el arbitraje y siendo éste junto con la mediación el área más recorrida la comercial. Ya que como estudiamos hasta nuestro país la utiliza en materia comercial en el ámbito internacional y nacional entre órganos empresariales, sobre este tema de mediación en nuestra nación nos encargaremos en el estudio de nuestro Capítulo IV.

CAPÍTULO III

LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS FAMILIARES

El presente capítulo es la médula principal de nuestra tesis, ya que representa el análisis de nuestro objeto de estudio que son: los conflictos familiares y la mediación como proceso de resolución o de gestión de los mismos.

Hemos visto en nuestra vida cotidiana que la existencia de conflictos, rivalidades y tensiones familiares es, efectivamente, uno de los principales problemas que afectan a la familia como célula de la sociedad y que, incluso, pueden causar su desaparición.

Sabemos claramente, que muchos son los casos de familias mexicanas que han fenecido, por varios motivos, pero especialmente por la falta de instrumentos necesarios para sobrellevar diferentes tipos de problemas como pudieran ser en el área familiar; de la propiedad; de la economía en general y en la sucesión.

Los conflictos familiares principalmente a los que nos referimos pueden involucrar a diferentes personas, pueden ser entre cónyuges y concubinos, por el tiempo, los recursos y esfuerzos invertidos en la familia; entre el padre y sus hijos en los temas relacionados con la delegación, el estilo de dirección, la retribución o la sucesión; entre hermanos y/o cuñados, o entre primos por el tema de liderazgo y la distribución del poder o por la retribución por el trabajo y por la propiedad; o entre familiares y profesionales por la delegación, formalización y profesionalización.

La familia propensa al conflicto, se caracteriza por la dificultad de tener una comunicación e interacción clara y sincera, por tener unas reglas de comportamiento excesivamente rígidas y dominadas por la rivalidad y los celos, por primar una toma de decisiones excesivamente autoritaria o un conflicto continuo por el poder y la autoridad.

Es por lo anterior, que una tercera persona, ajena a la familia, neutral e imparcial, pudiendo ser éste algún funcionario no familiar, o una persona externa a la familia, que propicie de mediador, ayudaría de manera eficiente a la comunicación familiar, cooperando con las partes, en el proceso de negociación a través del cual ellas aspiran a solucionar su conflicto.

La mediación en la familia y sus conflictos, puede ser un instrumento preventivo para desencadenar conflictos mayores, y como veremos a lo largo de este análisis tiene como misión primordial remover las barreras que obstaculizan una comunicación efectiva, ya que una comunicación defectuosa produce peligrosos malos entendidos.

Sin embargo sabemos, que establecer una comunicación fluida y productiva no siempre es una tarea fácil en la familia, debido a que las personas tienden a ver las cosas desde su propia perspectiva; eluden el tema en las reuniones familiares y, además quieren manifestar sus sentimientos, teniendo en cuenta que en la misma confluyen valores totalmente diferentes.

Pero observaremos que la sola presencia del mediador cambia la dinámica de la mediación. Existe un tercero que filtra y organiza la comunicación entre las partes, que las va guiando a través de sesiones individuales o conjuntas y que utiliza diversas herramientas (preguntas de diferentes tipos, parafraseo, convalidación y otras) para ir superando las dificultades que se van presentando en la mesa de mediación. Una buena negociación con la ayuda de un tercero neutral, hará que la familia mantenga la visión de su continuidad generacional.

3.1 LA FAMILIA. SU ASPECTO SOCIAL Y JURÍDICO

Antes de dar comienzo al estudio que hoy nos ocupa, consideramos necesario iniciar por definir al concepto de familia, ya que como hemos mencionado es parte fundamental en nuestro objeto de estudio, puesto que en la misma se desencadenan diversos conflictos que

ponen en riesgo a la sociedad, además porque la familia constituye el centro de nuestra existencia.

Galindo Garfías dice que la familia “es un núcleo de personas, que como grupo social, han surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación.”²⁶³

Sin embargo, este autor alude a este concepto en el sentido de considerar a la familia como un grupo social, que se constituye primeramente en las tribus o clanes primitivos, por necesidad de orden socioeconómico de los pueblos cazadores y agricultores, y que surgió antes que cualquier forma de unión.

En sentido amplio y de acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la familia es “*el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere*”.²⁶⁴

En este sentido Galindo Garfías señala que:

*“La familia es un conjunto de personas (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil)”*²⁶⁵

Se señala en el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas²⁶⁶ que esta noción por su propia vaguedad y su amplitud, no tiene efectos jurídicos, puesto que estos pueden percibirse en el campo de la sociología, en la medida en que son el fundamento de ciertos vínculos de solidaridad o en el ámbito de la psicología, por los sentimientos de afecto que esa situación crea. Se forma así la idea de la familia en sentido amplio que coincide con el concepto de la “*gens*”, que significa linaje.

²⁶³ GALINDO GARFIAS, Ignacio; *Derecho Civil, Primer Curso*; Editorial Porrúa; 29ª Edición; México 2000; p. 447.

²⁶⁴ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.*; p. 1428

²⁶⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio; *Ob. Cit.*; p. 447.

²⁶⁶ Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.* p. 1428

Sin embargo, esta relación conyugal paterno filial y de parentesco colateral de origen consanguíneo o simplemente de naturaleza legal, establece vínculos entre los componentes de ese grupo familiar, de diverso orden e intensidad (sentimentales, morales, jurídicos, económicos y de auxilio o ayuda recíproca) que no permanecen ajenos al derecho objetivo, sino por el contrario, éste reafirma y consolida, atribuyendo a dichos vínculos el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos, que manifiestan su naturaleza especial y presentan caracteres fundamentales distintos en muchos aspectos, de cualesquiera otras relaciones jurídicas.²⁶⁷

Los vínculos que unen entre sí a los miembros de un determinado grupo familiar forman el parentesco, del cual se derivan derechos y obligaciones, este forma la línea que limita la aplicación de las normas jurídicas relativas al Derecho de Familia.

El conjunto de estos vínculos jurídicos que se desarrollan alrededor del concepto instrumental de la familia, constituye lo que se denomina el estado civil de una persona.

Como hemos observado, la familia en un sentido amplio comprende todas las personas que descienden de un tronco común más o menos lejano, como serían los parientes lejanos.

Sabemos que los lazos de afecto y de acercamiento que existen entre los parientes, van debilitándose conforme éstos son más lejanos; y puesto que el derecho impone graves obligaciones y concede importantes derechos a los miembros de una familia, aquellos deberes u obligaciones sólo pueden hacerse efectivos realmente con los parientes más cercanos, y va siendo menos fuerte esta relación, con aquellos parientes que se encuentran en grados lejanos.

Es por lo anterior, que desde el punto de vista jurídico, el concepto de familia, ha sido recogido en un sentido más estricto y comprende solo a los padres y ascendientes en línea recta y en colateral, hasta el cuarto grado (padres, abuelos, hermano, primos, sobrinos, etc.).

²⁶⁷ CHINOY ELOY; en GALINDO GARFIAS; *Ob. Cit.* p. 448.

3.1.1 La Familia y sus fines sociales

Según hemos observado, la familia como institución tiene un origen biogenético con el fin de la protección y la crianza de la prole o descendencia, pero además cumple la función de sustento y educación de los miembros de la familia es decir la procreación y supervivencia de la especie.

Los tratadistas señalan que dentro de las sociedades más desarrolladas, los fines de la familia no se refieren únicamente en las funciones de generación y defensa de sus miembros, por el contrario también se refieren a fines biológicos y psicológicos que al propio individuo le atañe.

En la necesidad de la conservación de la especie, se añade la formación integral del individuo y en función de ella, para lo cual se requiere de la solidaridad del grupo doméstico, de la existencia de lazos de unión externos, psíquicos, internos de orden moral y jurídicos, mismos en el que descansa un conjunto de relaciones jurídicas patrimoniales y no patrimoniales, que se desarrollan en el seno de la familia; por una parte deberes típicos familiares como las obligaciones recíprocas entre cónyuges y el deber de desempeñar la tutela, etc.²⁶⁸

Por lo que observamos, que desde el punto de vista social en el fin propio de la familia intervienen factores, más que biológicos, de carácter psíquico, moral y subjetivos, es decir tendientes a la cooperación y ayuda entre los miembros de la familia, puesto que los unen lazos de afectividad y solidaridad que de lo contrario impedirían su perpetuación.

3.1.2 La Familia y su sentido jurídico

El conjunto de disposiciones jurídicas que organizan y forman a la familia a través de su evolución histórica, se caracterizan básicamente por su naturaleza imperativa e irrenunciable.

²⁶⁸ *Ibidem*; p. 458.

En este aspecto Galindo Garfías²⁶⁹ señala que por razones de orden público, se ha suprimido de la voluntad de los seres humanos la posibilidad del establecimiento de normas reguladoras de las relaciones de la familia.

Las relaciones familiares, se consideraban atributivas de derechos subjetivos formados al interés de su titular, y se sabe que en nuestros días son verdaderos deberes en función de la protección de la persona y de los bienes de los miembros de la familia.

Debido a que la familia es el origen de las virtudes y valores del hombre en sociedad, el Estado en interés a que este grupo social cumpla la función que ésta le encomienda, interviene y si esta es eficaz dicta las medidas protectoras de orden moral, económico o social que fortalezcan a la familia misma, y le permitan llenar de la mejor manera posible sus finalidades naturales, que son la procreación y la educación moral, intelectual y física de los hijos.

Lo anterior lo hace por medio de medidas legislativas, tendientes o dirigidas a evitar la destrucción del núcleo de la familia, como puede atenderse a las finalidades superiores, que sin duda no pueden ser sustituidas por el Estado, cuya función primordial es política y cuya organización no le permite la atención íntima, constante, afectiva, que requieren los hijos durante su desarrollo y formación moral.

3.1.3 La Familia moderna hasta nuestros días

La familia moderna ha perdido su extensión y la estabilidad que tuvo en el Derecho Romano y en la Edad Media. Sin embargo, a la presencia del factor religioso claramente visto en lugares muy evolucionados de la familia, se ha incorporado como un elemento fundamental en la estructura de la familia moderna, además se une el dato ético como un principio en que descansan los deberes y las facultades que el derecho impone a los miembros del grupo familiar (cónyuges, progenitores e hijos).

²⁶⁹ Cfr. GALINDO GARFIAS; *Ob. Cit.* p. 456.

Por ello, en muchos casos esos deberes carecen de fuerza para su cumplimiento y de la posibilidad de que puedan hallar eficaz cumplimiento mediante el pago de daños y perjuicios.

En presencia del fenómeno biológico del instinto sexual, de la necesidad del cuidado y protección de la prole, así como de la costumbre social, el derecho estructura y organiza a la familia para lograr su estabilidad y su unidad institucional por medio del matrimonio, creando un conjunto de normas alrededor de los cónyuges; ha establecido un complejo de relaciones jurídicas entre los progenitores y sus hijos que disciplinan la filiación y ha dado unidad de dirección al grupo familiar por medio del ejercicio de la patria potestad para permitir a los padres el cumplimiento del deber de proteger y educar a sus hijos.

Estos son los instrumentos jurídicos que proporcionan a la familia, en su moderna concepción, la organización, unidad y permanencia que requiere ese grupo social primario.

La familia, en su forma evolucionada, se ha presentado unida a la institución del matrimonio que atribuye estabilidad al grupo formado como consecuencia del apareamiento del hombre y la mujer, aunque no se niega la posibilidad de que como un hecho existe y ha existido la familia fuera de matrimonio. En este caso se trata de un grupo familiar constituido en manera irregular fundada en la filiación; es decir, en las relaciones jurídicas entre padres e hijos sin que desde el punto de vista del derecho surjan relaciones familiares de los progenitores entre sí. Las que existan o puedan existir entre ellos, son de otra naturaleza, generalmente puramente afectivas y de consecuencias económicas.

La familia moderna está formada por lo progenitores y su prole, el padre, la madre los hijos y los nietos que habitan con ellos. Sin embargo ya no subsiste este rigor, de familia extensa, puesto que la misma se caracteriza por ser una institución fundamental fundada en la relación sexual, duradera y precisa, que permite la procreación y garantiza la educación y protección de los hijos. Esta relación sexual continuada se funda en el matrimonio y en una institución equivalente: el concubinato.

De ahí podemos concluir, que la familia está constituida por el grupo de personas que proceden de un progenitor o tronco común (sentido amplio) y que las relaciones jurídicas que existen entre sus miembros tienen como fuente el matrimonio y la filiación matrimonial o extramatrimonial.

En lo que se refiere a la situación actual de la familia, se puede observar, como una consecuencia del intervencionismo del Estado y de los servicios que presta la asistencia pública, que los deberes y responsabilidades de los padres respecto de sus hijos, así como la situación de sumisión y obediencia de éstos en relación con sus progenitores, ha venido sufriendo mengua, debido a la existencia cada vez mayor de la ayuda pública (instituciones de seguridad social y de defensa de los menores) para suplir en muchos casos las obligaciones que correspondería cumplir a los padres.

A ello debe agregarse que la vida en común de los miembros de la familia es cada día más precaria y esporádica, como efecto del sistema económico social moderno constituido sobre la base de la gran producción industrial y de la complejidad de la prestación de servicios que requiere de la fuerza de trabajo de los miembros de la familia quienes deben presentarla aun a edad temprana, para allegar recursos económicos a la familia, lo cual constituye un elemento de disgregación del grupo y de rompimiento de la comunidad familiar en cuanto exige que ambos cónyuges y los hijos, a veces desde la niñez, pasen una gran parte de las horas del día fuera del hogar.

El hogar, como una comunidad doméstica que implica comunidad de vida de los miembros de la familia, presenta graves síntomas de disolución o cuando menos de una profunda transformación. La casa de la familia ésta dejando de existir como una unidad económica y espiritual, y con ello se han dejado los lazos de solidaridad y ayuda mutua entre sus componentes que forman el sustento de la organización familiar para el cumplimiento de los fines de ésta, como veremos más adelante.

Con lo anterior expuesto conforme a Güitrón Fuentesvilla, podemos considerar a la familia

como "la institución social permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación".²⁷⁰

También se considera actualmente a la familia como "núcleo natural jurídico o económico".²⁷¹

En cuanto al primer aspecto y siguiendo al propio autor Güitrón Fuentevilla,²⁷² se consideran los instintos genésico y material, ya que el factor económico le dio mayor trascendencia que el natural, dándole un valor de acuerdo a las condiciones políticas y económicas del medio en que se encontraba.

Por lo que considera a la familia moderna, en el lado occidental compuesta del matrimonio y sus hijos y el padre y la madre ejercen por igual la misma autoridad, pero esa familia reducida en su número y en sus funciones debe resentir la aparición de nuevas fuerzas tendientes a dividirla como consecuencia del estado de la vida actual.

Julián Guitrón Fuentevilla considera que:

*"La familia está en crisis porque ha disminuido su importancia en la educación de los hijos, al perderse los lazos espirituales de acercamiento entre los miembros de la misma. Así pierden su fuerza los vínculos que unen entre sí a los miembros de un grupo familiar. También desasocia a la familia la aparición cada vez más frecuente de separaciones entre los esposos, que dan lugar a otras familias. Contra estos factores de disolución, debemos dar la voz de alerta para evitar la desaparición próxima o futura de la familia."*²⁷³

Razones como la anterior y otras más dan pauta para la elaboración de la presente tesis en cuanto a la búsqueda de una forma eficaz de resolver los problemas familiares y evitar su

²⁷⁰ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA; en GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián; *Ob. Cit.*; p. 67.

²⁷¹ GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián; *Derecho Familiar*; Promociones Jurídicas y Culturales S.C.; 3ª Edición; México 1988; p. 67.

²⁷² *Idem.*

²⁷³ *Idem.*

desaparición.

3.2 DERECHO FAMILIAR Y LOS CONFLICTOS FAMILIARES

Como hemos observado, desde principios de la segunda década del siglo actual, las normas jurídicas relativas a la familia, considerada como un grupo social y cómo célula primordial de la sociedad moderna, ha merecido la atención especial de los estudiosos del Derecho, al considerar necesario no sólo la agrupación congruente y armónica de los preceptos legales aplicables al grupo familiar, sino que se ha ido formando paulatinamente una rama muy importante dentro del Derecho Civil que se denomina Derecho de Familia o Familiar; mismo que de acuerdo a Julián Bonnecase es el *“el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo principal, accesorio o indirecto es prescindir la organización, vida y disolución de la familia”*.²⁷⁴

Sin embargo, en una forma más amplia y siguiendo la opinión de Galindo Garfias podemos decir que el Derecho de Familia es:

*“Un conjunto de normas jurídicas destinadas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, creando las relaciones conyugales y constituidas por un sistema de derecho y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes. Esas facultades y deberes de carácter asistencial, que nacen entre los parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, etc.), tienen entre ascendientes y descendientes un aspecto de potestades y sujeciones establecidas para la protección de los hijos.”*²⁷⁵

En nuestra opinión, podemos decir que el Derecho Familiar comprende las normas jurídicas relativas al matrimonio, al concubinato, a la filiación, a los alimentos, al patrimonio de familia, la patria potestad, la adopción, la emancipación, la tutela, al parentesco y a la ayuda recíproca que deben prestarse los parientes entre sí, la protección de los incapaces, es decir los

²⁷⁴ BONNECASE, Julián en ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Derecho Civil Mexicano, Tomo Segundo Derecho de Familia*; Editorial Porrúa; 6ª Edición; México 1983; p. 14.

²⁷⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio; *Ob. Cit.*; p. 459.

menores de edad y los incapacitados, así como la constitución y funcionamiento del patrimonio de familia.

El estudio de esas normas jurídicas se agrupan examinando primero a las que se refieren a la familia, después a las que atañen a su organización y finalmente las que aluden a la disgregación o disolución del grupo familiar.

Este último estudio, consideramos que es el más importante para el desarrollo de la presente tesis, ya que es el objeto del mismo, es decir los “conflictos familiares” que originan la disgregación familiar, misma que se han originado, puesto que la familia en nuestros días ha perdido la extensión y la estabilidad que tuvo en el Derecho Romano y en la Edad Media.

Siguiendo la opinión de Galindo Garfias,²⁷⁶ las causas que han originado el proceso de disgregación del grupo familiar son las siguientes:

- ✦ La dispersión de los miembros de una familia por necesidades de trabajo o por razones de convivencia personal.
- ✦ La inseguridad económica que sufren los individuos de escasos recursos por la gran producción industrial.
- ✦ La falta de viviendas suficientes.
- ✦ El control de la natalidad; en cuanto tienda a eludir las responsabilidades inherentes a la paternidad y a la maternidad atendiendo a fines egoístas, contrarios a la naturaleza y a los fines mismos de la familia.
- ✦ La insuficiencia de los recursos que puede obtener el jefe de la familia en las clases obrera y media para el sustento del grupo familiar, obliga a la esposa y los hijos e hija mayores de edad temprana, a buscar e auxilio económico para el sustento del grupo familiar.

²⁷⁶ *Ibidem*; p. 455.

Como hemos observado, estas son algunas de las causas económicas dentro del proceso de disgregación familiar, pero que no son las únicas y que se desencadenan en diversos conflictos familiares, entendiendo a estos como pugna de ideas contrarias y relacionadas que se dan entre el núcleo familiar en donde se tienen pretensiones diversas no necesariamente contrarias a derecho y que no existe este un convencimiento simultáneo.

A continuación vayamos al estudio de las formas familiares o instituciones que rigen el Derecho Familiar y los conflictos que se dan dentro de ellas y que consideramos más importantes con relación a nuestro temas de estudio.

3.2.1 El Matrimonio y el Concubinato

Las primeras instituciones familiares que estudiaremos serán: el matrimonio y el concubinato, la primera de ellas como una forma familiar reconocida desde la antigüedad y la segunda como aquella forma familiar moderna y que en busca de la unión familiar logró su regulación jurídica y reconocimiento social.

a) El matrimonio

De acuerdo a Galindo Garfias el matrimonio es considerado "*desde dos puntos de vista: como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges; efecto del acto jurídico de la celebración del matrimonio*".²⁷⁷

Señala este autor, que el acto de celebración del matrimonio da origen a un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges, podríamos decir que es el estado civil, como este se compone el matrimonio como un conjunto de deberes y de obligaciones, para la protección de los intereses superiores de la familia: protección de los hijos y la colaboración y ayuda mutua de los cónyuges.

²⁷⁷ *Ibidem*; p. 493.

Por su parte el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, puntualiza en que son tres las acepciones jurídicas del vocablo matrimonio:

*“La primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; la segunda, al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera, a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores”.*²⁷⁸

Los doctrinarios han elaborado varias teorías en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio y lo han definido desde diferentes puntos de vista, es decir como matrimonio-contrato, matrimonio-contrato de adhesión, matrimonio acto jurídico condición y matrimonio-acto de poder estatal.

Sin embargo, no profundizaremos en ese aspecto solo nos limitaremos a subrayar, para los fines de nuestra tesis en que: el matrimonio es una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne, a pesar de que sabemos que es conocido como un contrato civil.

Empero, es importante apuntar que los efectos o conjunto de derechos y obligaciones que produce la celebración del matrimonio son tres:

✦ **Entre consortes**

Estos se integran por el conjunto de deberes y derechos irrenunciables permanentes, recíprocos de contenido ético jurídico, los cuales son el de fidelidad, de cohabitación y de asistencia; el primero de ellos no está contemplado como tal en nuestra Legislación Civil,²⁷⁹ pero es un principio ético-social defendido jurídicamente con el fin de preservar la moral familiar (término meramente subjetivo) a través de sanciones que se imponen para los casos de infidelidad y que más que sanciones diremos que como una causal de divorcio.

²⁷⁸ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.*; p. 2085

²⁷⁹ Ver artículos 146 y 162 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

El deber de asistencia, abarca la obligación de proporcionarse alimentos ambos cónyuges, contemplado en el artículo 302 del Código Civil; además se extiende a la asistencia tanto moral como patrimonial que se deben recíprocamente los esposos para mantener decorosa y dignamente su unión.

Algunos autores separan por un lado el concepto de asistencia y por otro el de ayuda mutua, considerando en el primero los aspectos de apoyo moral cuidados en casos de enfermedad, afecto etc., y en el segundo el aspecto patrimonial como los alimentos y la ayuda al sostenimiento del hogar conyugal.

El deber de cohabitación se refiere a la habitación común e íntima entre consortes, de donde surge el concepto de domicilio conyugal.²⁸⁰

✦ **En relación a los hijos**

Los efectos que se derivan del matrimonio en cuanto a los hijos se pueden clasificar en dos rubros:

- Con la celebración del matrimonio se les atribuye la calidad de hijos habidos en matrimonio (artículo 324 Código Civil), y
- Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

✦ **En relación a los bienes**

En cuanto a los efectos que conlleva el matrimonio en cuanto a los bienes comprenden tres aspectos: las donaciones antenuptiales, las donaciones entre consortes y las capitulaciones matrimoniales.²⁸¹

²⁸⁰ Ver artículos 163 y 31 fracción IV del Código Civil para el Distrito Federal.

²⁸¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.*; p. 2087

En este aspecto, es importante mencionar que las donaciones antenupticiales son aquellas transferencias de bienes realizadas entre los futuros cónyuges, cualquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado y las que un tercero hace a alguno o a ambos de los futuros cónyuges, en consideración al matrimonio (artículo 219 del Código Civil vigente en el Distrito Federal).

Creemos, que dichas donaciones antenupticiales fueron reguladas con el fin de que los futuros consortes vayan formando un patrimonio familiar antes de que se unan en matrimonio, ya que si el mismo no se celebra, las donaciones pueden darse por terminadas.

Por otro lado, y de acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM "*las donaciones entre consortes son las que se hacen los cónyuges entre si, y pueden revocarse libremente.*"²⁸²

Las Capitulaciones Matrimoniales, de acuerdo al numeral 179 del Código Civil para el Distrito Federal, son pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes; ya sea por el régimen de Sociedad Conyugal o el de Separación de Bienes.

De forma breve podemos decir que el primero, el de Sociedad Conyugal, es el régimen formado por una comunidad de bienes aportados por los consortes y por los frutos y productos de estos bienes; y el segundo, Separación de Bienes es aquel por el cual los cónyuges conservan la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen, así como los frutos y accesorios de dichos bienes, los sueldos, salarios, emolumentos y ganancias que cada uno reciba por servicios personales en su oficio, empleo, profesión, industria o comercio (artículos 212 y 213 del Código Civil vigente en el Distrito Federal)

En lo que respecta al tema del régimen patrimonial del matrimonio, consideramos que es de vital importancia, ya que como veremos más adelante da origen a una gran variedad de

²⁸² *Ibidem*; p. 2088

conflictos dentro de la familia, puesto que la regulación de los bienes, conlleva un interés económico que muchas veces vence al interés social y hasta moral.

Por último, podemos mencionar otro importante efecto del matrimonio que sobre la nacionalidad, puesto que la legislación establece que la mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con mexicano podrán naturalizarse cumpliendo los requisitos establecidos por la ley.

Como pudimos observar, esta complejidad de deberes y obligaciones que constituyen las relaciones jurídicas entre los cónyuges, se presentan de forma coordinada y convergente hacia tales fines, y para que se cumplan requieren de un arduo esfuerzo entre ambos.

Sin embargo, sabemos que este esfuerzo muchas veces no es suficiente, o ni siquiera llega a existir y orilla a los cónyuges a tomar la decisión de separarse o de divorciarse por diversos conflictos originados por causas que la propia ley llega a contemplar, tema del que más adelante hablaremos; y es en este momento es cuando el mediador interfiere para evitar esta separación que le interesa a la sociedad, por que como ya estudiamos la familia es la base de la sociedad o bien ante esta situación no se afecten los derechos de los propios consortes y de los hijos.

b) Concubinato

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas esta figura o institución jurídica significa la “*cohabitación más o menos prolongada y permanente entre un hombre y una mujer solteros, hecho lícito que produce efectos jurídicos*”.²⁸³

Sin embargo, nosotros no estamos completamente convencidos con esta definición y añadiremos que esta cohabitación a que se refiere la mencionada definición deberá ser por lo

²⁸³ *Ibidem*; p. 573

menos de dos años, o bien sin necesidad que transcurra dicho término y cumplidos los demás requisitos, se tenga un hijo en común (artículo 291-BIS del Código Civil vigente el Distrito Federal).

El concubinato, es considerado por algunos los doctrinarios como uno de los problemas morales más importantes del Derecho de Familia, sin embargo nosotros no lo consideraremos como un problema moral, puesto que como hemos mencionado lo importante es la familia, para perpetuar la especie y la sociedad independientemente de las formas para su conformación y por ello mencionamos que esta es una forma de familia moderna, y por lo tanto no profundizaremos en cuanto a estas críticas ni emitiremos opiniones personales diversas, solo nos enfocaremos a los efectos jurídicos que esta figura conlleva, mismos que son:

- ✦ El derecho de los concubinos a los alimentos en los términos del reformado artículo 302 del Código Civil;
- ✦ A participar en la sucesión hereditaria según lo estipulado en el artículo 1635 del mismo ordenamiento;
- ✦ La posibilidad de investigar la paternidad de los hijos habidos entre los concubenarios en los términos de los artículos 383 del citado Código y,
- ✦ Una vez establecida la filiación de los hijos habidos durante el concubinato, éstos tendrán derecho a los alimentos y a ser llamados a la sucesión del padre.

Además de estos efectos considerados en el ordenamiento civil se encuentran otros como:

- ✦ El derecho de la concubina o concubino a recibir la indemnización por la muerte del trabajador por riesgo profesional;
- ✦ El derecho de la concubina o concubino a recibir la pensión en los casos de muerte del asegurado por riesgo profesional, accidente o enfermedad no profesional, y
- ✦ A las pensiones de viudez cuando el concubino ha fallecido y disfrutado de pensión de invalidez, vejez o cesantía.

Todos ellos regulados en la legislación aplicable a la materia.

Al igual que en el matrimonio, observamos en el concubinato una diversidad de deberes y obligaciones que constituyen las relaciones jurídicas entre los concubinos y que entre ellos requieren de un gran esfuerzo para cumplir con sus fines propuestos.

De este modo y estando de acuerdo con Rojina Villegas al decir que:

“Sólo existe una diferencia formal entre el concubinato y matrimonio: el matrimonio simplemente difiere de esa unión en que la voluntad se ha manifestado ante el Oficial del Registro Civil y se ha firmado un acta, es decir, es una cuestión simplemente de formalidad. En la unión de hecho, la voluntad se ha manifestado día a día, con esta ventaja sobre el matrimonio: que siendo al principio unión en cualquier momento puede destruirse o disolverse.”²⁸⁴

Esta destrucción o disolución a la que se refiere el autor citado, la mayoría de las ocasiones es porque el esfuerzo entre los concubinos para satisfacer sus fines propuestos muchas veces no es suficiente, y deciden separarse por diversos motivos o conflictos de familia entre ellos, aunque de hecho no existe una institución como el divorcio sabemos que siguen existiendo derechos y obligaciones entre los involucrados en una situación de concubinato, mismos que estudiaremos en el siguiente apartado.

3.2.2 El Divorcio. Separación de los concubinos y de los padres.

Al estudiar el matrimonio y el concubinato, mencionamos que cuando los cónyuges o los concubinos, según sea la figura jurídica, no cumplen con sus fines propuestos optan por divorciarse o separarse, por diversas causales o conflictos familiares ocasionados entre ellos, y que constituyen uno de los más importantes dentro de la sociedad y de la familia. Situación por

²⁸⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Ob. Cit.* p. 381.

la que requieren de una eficaz resolución, para terminar con el mismo, ya que afecta en distintos ámbitos a la propia familia.

En esta tesis y apegándonos a su criterio, el maestro Chávez Asencio²⁸⁵ apunta que la separación entre los progenitores puede ser de hecho o judicial, donde la separación de hecho se da tanto entre los cónyuges como entre concubinos.

En cuanto a la separación judicial, nosotros diremos que será entre los cónyuges cuando opten por divorciarse, aunque sabemos que la separación entre concubinos podrá ser judicial cuando ésta lleve inmerso un convenio judicial que exprese la situación jurídica de los hijos por la condición actual de sus padres, que más adelante estudiaremos con mejor detenimiento.

a) Divorcio

El divorcio, como expresión jurídica, es la disolución del vínculo matrimonial decretada por el juez competente (judicial o administrativa), estando vivos los cónyuges, por cumplirse con alguna de las causales previstas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, causales que no analizaremos para no profundizar al respecto pero que es importante conocerlas, para saber a que tipo de divorcio nos enfrentamos como mediadores. Por otro lado, la propia ley de la materia permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio.

Asimismo, Galindo Garfias²⁸⁶ señala que el divorcio como institución se da dentro de un procedimiento que señala la ley, en el que se compruebe fehacientemente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial.

También apunta que en cualquier caso, esta resolución que decreta la ruptura o disolución matrimonial, debe ser dictada solo cuando hay duda de que ha terminado la posibilidad de que

²⁸⁵ Cfr. CHÁVEZ ASENCIO MANUEL F.; *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*; Editorial Porrúa; Cuarta Edición; México 2001; p. 263.

²⁸⁶ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio; *Ob. Cit.* p. 597.

los cónyuges continúen unidos en matrimonio, ya sea porque ha quedado probada en juicio la existencia de hechos en tal manera graves que considerados en ley como causal de divorcio a la que nos referimos anteriormente, han provocado la ruptura de ese consenso necesario para mantener el vínculo (divorcio necesario) o porque ambos consortes están de acuerdo en hacer cesar su vida matrimonial (divorcio por mutuo consentimiento sea voluntario o administrativo) agotando o no medidas previas de unión de pareja como terapias, pláticas conciliatorias o en el caso que nos ocupa acudir a la mediación.

Quienes nos oponemos en algunas situaciones al divorcio, aludimos a que el mismo es factor primordial de la disgregación familiar y de la descomposición social por ser la familia la célula social.

Al defender al divorcio, exponemos que no es el mismo el origen de la ruptura del matrimonio, sino solamente la expresión legal y final del fracaso conyugal cuyas causas suelen ser un sin fin de ellas y que, ante la real quiebra del matrimonio se convierte en indebida, injusta y hasta inmoral la persistencia del vínculo legal, pues impide, a los que no pueden divorciarse, intentar una nueva unión lícita que podría prosperar y ser la base de una nueva familia sólidamente constituida.

De lo que resumimos, que al divorcio se le ha llamado acertadamente, un mal menor o un mal necesario. Es un mal, porque es la manifestación del rompimiento de la unidad familiar, pero es un mal menor y por ello necesario porque evita la vinculación legal de por vida de los que ya están separados de hecho. El divorcio ha asumido formas y producido efectos diversos, dependiendo de cada cultura en particular; pero siempre ha estado presente en todos los órdenes jurídicos.

Los más antiguos testimonios de la historia de la humanidad hablan de alguna manera del divorcio, normalmente permitido como un derecho exclusivo del varón de repudiar a su mujer por causas diversas, como el adulterio, la esterilidad, torpezas, impudicia, vida licenciosa, etc.

Ocasionalmente encontramos el derecho al repudio por parte de la mujer y por causas más limitadas como el maltrato del hombre o el no cumplir con los deberes del matrimonio.

Diversas entidades federativas del México independiente crearon sus códigos civiles o proyectos de código con anterioridad al primero que rigió la materia para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870. Cabe mencionar al respecto a los Estados de Oaxaca (Código de 1827), Zacatecas (proyecto de Código de 1829), Jalisco. (de 1833), Veracruz (Código Corona de 1868) y Estado de México (1870). Estas legislaciones, junto con los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, ya mencionado, y el de 1884, tienen en común el haber establecido un solo tipo de divorcio: el divorcio separación que no extingue el vínculo matrimonial sano solamente el deber de cohabitar.²⁸⁷

El Código Civil vigente en el Distrito Federal desde el 2 de octubre de 1932 regula el divorcio en los artículos 266 a 291. Permite este ordenamiento tanto el divorcio vincular como la simple separación judicial con preexistencia de vínculo.

El divorcio vincular es de dos clases: necesario y voluntario. El primero es el pedido por uno de los cónyuges con base a cualquiera de las causas específicamente señaladas por la ley.²⁸⁸

Por otro lado, el voluntario es el solicitado por el mutuo consentimiento de ambos cónyuges. El voluntario judicial y el administrativo, en razón de las autoridades ante quienes se tramita: el judicial ante un juez de lo familiar y el administrativo ante un juez del Registro Civil.

Por el contrario, tenemos al divorcio no vincular, divorcio-separación, o llamado por la doctrina declaración de separación de cuerpos, y que consiste en el derecho de los cónyuges de

²⁸⁷ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.*; p. 1185

²⁸⁸ Ver artículos 267, primeras XXI fracciones del Código Civil para el Distrito Federal.

concluir la cohabitación con el otro, con autorización judicial y sin romper el vínculo matrimonial. Persisten en esta situación los demás deberes derivados del matrimonio tales como la fidelidad, los alimentos, etc.

Como consecuencia de la extinción del deber de cohabitar, termina también el domicilio conyugal. Cada cónyuge tiene derecho a señalar su propio domicilio voluntario.

En el código vigente solamente existen dos causales para pedir la separación judicial, ellas son las señaladas en las fracciones VI y VII del artículo 267, conocidas doctrinalmente como "*causas eugenésicas*", que expresan: "*Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en el edad avanzada*" (fracción VI) y "*Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo.*" (fr. VII)

Estas causas pueden ser invocadas también para pedir el divorcio vincular. El cónyuge demandante puede optar por una u otra forma de divorcio. El legislador estableció estas causales con sus consecuencias disyuntivas de divorcio vincular o simple separación tomando en cuenta los factores primordiales:

- ✦ Que la convivencia de los cónyuges en las circunstancias de enfermedad descritas puede ser nociva y hasta peligrosa para el otro consorte y para los hijos, y
- ✦ Los posibles sentimientos religiosos o afectivos del cónyuge sano y la ausencia de culpa en el que da la causa. No se quiere romper el vínculo, sino sólo suspender la convivencia sin incurrir el que quiere separarse en la causal de divorcio señalada en las fracciones VIII y IX que hablan de "*La separación de la casa conyugal*".

Al extinguirse el domicilio conyugal no puede haber separación del mismo, justificada ni injustificada. El divorcio separación no puede pedirse por mutuo consentimiento ni por ninguna otra causal distinta de las dos transcritas anteriormente.

En esta separación de cuerpos no entraña en ningún caso la aplicación de sanciones en contra del cónyuge enfermo y ambos cónyuges conservan el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos; salvo que el cónyuge sea declarado interdicto en consecuencia queda suspendido de la patria potestad de los hijos.²⁸⁹

Tampoco disuelve la sociedad conyugal, por lo tanto subsiste y el cónyuge enfermo podrá seguir administrando los bienes comunes, si antes de la separación de la sentencia que autorice la separación tenía la administración de los mismos, conjunta o separadamente con el otro cónyuge, salvo que sea declarado interdicto y en este caso el sano los administrará.

Si llegase a existir una reconciliación dentro del procedimiento del divorcio pone fin al mismo, pero en este caso de divorcio no porque el cónyuge sano imputa al demandado haber incurrido en falta, solo se podrá desistir de su acción, figura prevista en nuestro Capítulo I.

b) Separación de los concubinos

Como ya mencionamos, a diferencia que en el matrimonio, no existe regulación jurídica que contemple un tipo de divorcio en el concubinato, porque dejaría de ser lo que es y entonces nos preguntaríamos donde quedaría su naturaleza jurídica.

Sin embargo, esta separación se puede dar por distintos conflictos o causas que corresponden algunas aquellas que contempla la ley para el divorcio, esto es porque aunque no exista la formalidad de la que hablábamos en el concubinato si existe la unión de hombre y mujer, para formar una sociedad siempre que cumplan con los requisitos que señale la ley, ya que de lo contrario subsistiría otro tipo de relación con consecuencias jurídicas, principalmente cuando hay hijos.

²⁸⁹ Ver fracción I del artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal.

Estos conflictos a los que nos referíamos desencadenan en la separación de los concubinos o “progenitores” como los llama el doctrinario Chávez Asencio,²⁹⁰ tales como: la violencia intrafamiliar, padecer alguna enfermedad, el abandono de persona, la falta de ministración de alimentos por parte de algún concubino, la infidelidad, la separación de cuerpos, el mutuo consentimiento, entre otros.

Empero, al estudiar los efectos de esta figura jurídica sabemos que los mismos recaen tanto en la concubina o concubino y en los hijos si estos existen, efectos que se traducen en derechos y obligaciones para ambos concubinos y sobre sus hijos.

c) Separación de los padres o “progenitores”

Por último, consideramos importante señalar que al existir una relación afectiva entre hombre y mujer, y ambos deciden hacer vida en común fuera del tiempo que regula la ley, cuando subsiste la figura del amasiato u otra relación similar en la que no cabe ni el concubinato ni el matrimonio, como en caso de nulidad de matrimonio u otras, pero en todas ellas sobrevienen hijos.

Ante esta situación, puede ocurrir que entre ellos también subsistan conflictos y lleguen a un rompimiento, por lo tanto el derecho interviene en la protección de los hijos y les atribuyen derecho y obligaciones que la propia ley señala siempre y cuando sean reconocidos por los padres.

Estos conflictos derivan de aquella relación que no llegó a su fin propuesto o que se vio coactada por alguna circunstancia.

Por lo que en estas conflictivas, tanto en los señalados dentro del divorcio o disolución del concubinato llámese como se llame a la forma de solución de los mismos, el juez, árbitro, conciliador, negociador, mediador o cualquiera que sea este debe velar por los intereses

²⁹⁰ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F.; *Ob. Cit.*; p. 263

jurídicos de orden público, puesto que ya señalamos que el Derecho de Familia es protegido por el Estado y es de su interés en especial por las causas ya citadas, estos intereses en los que debe versar la forma de resolución al conflicto son la determinación de: la pensión alimenticia o alimentos, la guarda y custodia, la patria potestad, visitas y convivencias con los padres, derecho a heredar, entre otros.

De ahí la importancia de la mediación de intervenir en un conflicto de esta naturaleza y procurar la supervivencia de la unión familiar y de no ser así llegar a un buen acuerdo para que los derechos subsistentes en el matrimonio, el concubinato o cualquier relación no sean violados y no sean afectados aquellos involucrados.

3.2.3 Los Alimentos

Como estudiamos con antelación, quien resuelva un conflicto familiar debe velar porque subsista el derecho a recibir alimentos que tienen los cónyuges, concubinos y los hijos no solo por entablar una relación jurídica sino por el simple hecho de ser sujetos jurídicos.

Lo anterior se desprende del propio tratamiento jurídico de lo que son los alimentos, de los cuales no se establece una definición como tal, ya que el artículo 308 del Código Civil se limita a establecer que los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación, la asistencia en caso de enfermedad, etc. y, tratándose de menores, los gastos necesarios para la educación primaria y para proporcionarle un oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales; siendo proporcionados a la posibilidad de quien debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos (artículo 311 del Código en comentario).

Como observamos, en el Derecho, el concepto de alimentos sobrepasa a la simple acepción de comida. Constituyen un elemento de tipo económico que permite al ser humano obtener su sustento en los aspectos biológico, social, moral y jurídico.

En este punto nuestro más alto Tribunal ha sostenido que los alimentos son materia de orden público e interés social siendo improcedente conceder la suspensión contra el pago de alimentos, ya que impide al acreedor alimentario recibir la protección necesaria para su subsistencia; ni tampoco, dada su importancia, es posible aceptar que la obligación del deudor alimentario sea cumplida parcialmente.

De lo anterior podemos señalar como características de los alimentos:

- ✦ Reciprocidad, toda vez que quien los da tiene a su vez derecho de recibirlos cuando así lo requieran las circunstancias (artículo 301 del Código Civil);
- ✦ Imprescriptibilidad; porque el derecho a recibir alimentos no termina por el paso del tiempo mientras subsista la necesidad de recibirlos;
- ✦ Irrenunciables; ya que el acreedor alimentario no puede negarse a recibirlos;
- ✦ Inalienables; porque no son objeto de comercio y además son inherentes al hombre; y
- ✦ No están sujetos a transacción (artículo 321), ya que no se pueden realizar ningún convenio con ellos a efecto de terminar con dicha obligación, es decir que se puede convenir sobre el monto y la forma de darlos, pero no para no darlos o renunciar a ellos.

La obligación de dar alimentos se cumple asignando una pensión al acreedor o incorporándolo a la familia del deudor, excepto en el caso de un cónyuge divorciado o cuando exista algún impedimento legal para ello (artículos 309 y 310 del Código Civil para el Distrito Federal).

Ya mencionamos, que tanto los cónyuges y los concubinos tienen la obligación de darse alimentos, y darlos a sus hijos y viceversa; sin embargo sabemos que existen otros quienes tienen la obligación de darlos que la propia ley señala.²⁹¹

²⁹¹ Ver artículos 302 al 306 del Código Civil para el Distrito Federal.

Pero cualquiera que sea el caso, la relación acreedor y deudor respecto de esta obligación es cambiante, coincidiendo con cada persona de la relación y dependiendo de las posibilidades y necesidades de cada una, misma que cesa de acuerdo a las disposiciones que la propia Legislación civil señala.²⁹²

La propia ley señala que tienen derecho para solicitar, mediante la acción respectiva, el aseguramiento de alimentos, y de conformidad con lo establecido en el artículo 315 de la ley de la materia, en primer término el propio acreedor alimentario; el ascendiente que tenga al acreedor bajo su patria potestad; el tutor del mismo; los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, y, finalmente el Ministerio Público. En caso de que no hubiere ascendientes, tutores, hermanos o parientes colaterales dentro del cuarto grado que pudieran representar al acreedor en el juicio de aseguramiento de alimentos, el juez debe proceder a nombrarle un tutor interino (artículo 316 del Código Civil para el Distrito Federal), quien deberá dar una garantía suficiente para cubrir el importe anual de los alimentos; en caso de que este tutor administre algún fondo, la garantía deberá ser suficiente para cubrir su actuación (artículo 318 del citado Código).

Además, debe existir un aseguramiento a que se refiere el ordenamiento civil que puede consistir en hipoteca, prenda, fianza, depósito de una cantidad que baste para cubrir los alimentos o cualquier otro tipo de garantía que a juicio del juez sea suficiente, tal y como dispone el numeral 310 del Código Civil.

Pudimos ver, que la deuda alimentaria es un deber derivado del derecho a la vida que tiene el acreedor alimentario y gravita sobre el grupo familiar. Así en el goce de dar y de recibir alimentos que todos tenemos surgen conflictos al tratar esta institución jurídica, porque no todos los sujetos jurídicos quieren cubrirlos o se encuentran imposibilitados a hacerlo, por lo que debe de intervenir alguna de las figuras mencionadas a efecto de gestionar el conflicto.

²⁹² Ver artículo 320 del Código Civil para el Distrito Federal.

De lo que deriva, la importancia de la mediación al tratar de resolver los conflictos suscitados en la familia en los que se refiere el tema de los alimentos y tratar de que esta figura subsista y que se aplique debidamente..

3.2.4 Patria Potestad. Guarda y Custodia

El término de Patria Potestad, Guarda y Custodia son términos que coloquialmente se llegan a confundir, pero a pesar de estar íntimamente relacionados entre sí tienen diferencias de alta importancia.

Ambos términos, constituyen un Derecho Público sobre los hijos menores de edad no emancipados, pero a diferencia de la Patria Potestad que es irrenunciable,²⁹³ la Guarda y Custodia si lo es, es decir, que se puede convenir en casos de divorcio quien de los padres la ejercerá atendiendo a lo dispuesto por el párrafo segundo de la fracción V del numeral 282 del Código Civil, en el entendido que los menores de doce años salvo su peligro grave deberán permanecer a lado de la madre; por tan motivo cuando llega a surgir la disputa entre ambos padres al no convenir sobre quien ejercerá la guarda y custodia, tiene que intervenir una figura de gestión para resolver esta controversia.

a) Patria Potestad

Chávez Asencio, afirma que la palabra patria potestad proviene del latín "*patrius*", que significa lo relativo al padre y "*potestas*", padre.²⁹⁴

La Patria Potestad es considerada como potestad o como institución jurídica, se refiere en el primer caso como a aquel conjunto de derechos que la ley otorga a los padres y demás ascendientes sobre los hijos menores de edad no emancipados, para el cumplimiento de los

²⁹³ Si bien es cierto quien ejerce la patria potestad no puede renunciar a dicho desempeño, el artículo 448 del Código Civil señala que quien la ejerce puede excusarse cuando tenga sesenta años cumplidos o no pueda atender debidamente a su desempeño por su habitual mal estado de salud.

²⁹⁴ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F.; *Ob. Cit.*; p. 265.

deberes de crianza y educación a que están obligados, concediendo autoridad a los padres para el cumplimiento de sus obligaciones respecto a sus hijos, es decir que es una función propia de la maternidad y de la paternidad.²⁹⁵

Como Institución se le atribuye como un “conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes”,²⁹⁶ lo que significa que a falta de padres la ejercerán sus descendientes.²⁹⁷

Nuestro Código Civil no define este concepto, simplemente establece que los hijos menores de edad están sujetos a ella mientras exista algún ascendiente que deba ejercerla (artículo 412 del Código Civil) y que su ejercicio recae sobre la persona y los bienes de los hijos (artículo 413 del Código Civil para el Distrito Federal).

Sabemos que, la Patria Potestad es un derecho irrenunciable, pero también sabemos que quien la ejerce se puede excusar de ejercerla al encontrarse dentro de las hipótesis que marca la ley, sin embargo ante la existencia de un conflicto o situación grave que lo amerite puede suspenderse o perderse²⁹⁸ por quien dio motivo a ello y mediante un proceso regulado en la ley.

En este aspecto, estamos consientes en que la única autoridad facultada para decretar la pérdida o suspensión es la judicial y no puede intervenir el mediador a resolver este conflicto, pero sí intervendrá en hacerle saber al Juez Familiar la existencia de estas causales para que se proceda conforme a derecho y gestione un conflicto interno de familia ante la ignorancia de la ley.

²⁹⁵ Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, *Ob. Cit.*; p. 2351

²⁹⁶ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, *Ob. Cit.*; p. 2351

²⁹⁷ Ver artículos 412 al 420 del Código Civil.

²⁹⁸ Ver artículos 444 y 447 del Código Civil.

b) Guarda y Custodia

El maestro Chávez Asencio hace una clara distinción entre los términos guarda y custodia, que suelen confundirse, este autor señala que la custodia que tienen los padres, padre o madre sobre sus hijos “*significa tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado.*”²⁹⁹

En este aspecto, señala que “*en la custodia están comprendidos otros deberes y derechos correlativos de esta relación paterno-filial, como son la convivencia, protección a la persona, vigilancia de sus actos y la educación completa, que comprende la moral y religiosa.*”³⁰⁰

En tanto, que la guarda de un hijo de acuerdo con Marcel Planiol:

*“Es el derecho de que habite en la casa de los padres. El padre, guardián de su hijo, puede, por tanto, obligarlo a que habite con él, y en caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza pública. El hijo menor no emancipado no tiene derecho para abandonar el domicilio paterno, salvo que haya cumplido 20 años, hoy 18 años) y se trata de darse de alta en el ejercicio.”*³⁰¹

Para nosotros, la guarda y custodia será la acción y el efecto de cuidar directa y temporalmente a aquellos incapacitados (menores de edad no emancipados e interdictos), con la diligencia propia de un buen padre de familia.

En esta acepción genérica, se comprende una custodia que en gran parte incluye las facultades y deberes que competen ordinariamente a quienes ejercen las funciones de patria potestad o tutela,³⁰² pero a diferencia de estas últimas se distinguen en que la atención también

²⁹⁹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. F; *Ob. Cit.*; p. 289

³⁰⁰ *Ibidem*; p. 291.

³⁰¹ PLANIOL, Marcel en CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F.; *Ob. Cit.* p. 290.

³⁰² Debemos entender por tutela aquel mandato emitido por la ley determinando una potestad jurídica sobre la persona y bienes de quienes, por diversas razones, se presume hacen necesaria y en su beneficio dicha protección. Siguiendo al artículo 449 del Código Civil, el objeto de la tutela es: “la guarda de la persona y bienes de los que estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y o legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos. La tutela puede tener también por objeto la representación interina del incapaz en los casos que señale la ley.”

la puede prestar un tercero autorizado debidamente para suplir la vigilancia que corresponde al ejercicio normal de aquellas funciones.

Nuestro más alto Tribunal ha señalado que la no existencia de la guarda material de la persona del hijo implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor y constituye una prerrogativa de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo, cultivarlo física y espiritualmente, procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades.

Por extensión se llama además "guardador de hijos", a la condición de hecho en que se coloca aquella persona que acoge bajo su dependencia habitual a un menor sin que hubiese quien ejerza la patria potestad sobre el y no tenga tutor.³⁰³

Esta última acepción, también se refiere a los menores que sin estar unidos por vínculos familiares o legales, se incorporan con carácter estable al núcleo familiar, manteniendo relaciones domésticas con el jefe del mismo, de suerte que este viene a ejercer una potestad de hecho sobre el incapaz, que a su vez origina deberes genéricos, materiales y morales para con el que por cualquier causa, se halla bajo su cuidado y bajo su protección.

Nuestro sistema jurídico contempla que los que ejerzan la patria potestad y los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos, cesando su responsabilidad cuando los incapacitados se encuentren bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, talleres, etc. pues entonces les corresponde a éstos.

Por otro lado, la obligación de compañía es un medio ordinario de cumplir con la función de custodia, pero sin existir estrictamente posesión objetiva sobre la persona del hijo, esta

³⁰³ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Ob. Cit.* p. 1556

circunstancia pone de manifiesto que cuando se habla del derecho de retener o reclamar a los hijos, se plantean cuestiones en sentido figurado.

Por lo que podemos decir que, guarda y custodia es la obligación de quien tiene bajo su depósito a un incapaz de vigilarlo, hacerle compañía, corregirlo, protegerlo, cuidarlo y guardarlo como la palabra lo dice incurriendo en responsabilidad por los actos cometidos por el mismo sin necesidad de que medie la patria potestad puesto que son instituciones independientes entre sí.

Hemos visto que hay casos de conflictos regulares, sobre todo en situaciones de separación de los padres de hecho y de derecho, es decir cuando optan por el divorcio o simplemente deciden separarse por ser concubinos, en casos de nulidad de matrimonio o simplemente no desean divorciarse vía legal.

Por ello, es indispensable recurrir a alguno de los procesos de gestión de conflictos, en este caso se faculta al mediador para tratar de que los padres fijen en poder de cuál de los cónyuges han de quedar los hijos, tomando en cuenta fundamentalmente la conveniencia de estos, sin perjuicio de oírlos personalmente cuando tuvieran suficiente la facultad de cambiar el lugar de residencia.

En este caso, debe ser respetado el derecho de visitas y convivencias de quien o quienes no tendrán la guarda y custodia, por otra parte debe respetarse porque se funda en interés superior del incapaz de mantener la comunicación entre el padre desconectado del hijo separado.

Dicha guarda y custodia puede ser modificada de común acuerdo por los interesados, atentas las nuevas circunstancias que así lo reclamen, además se extingue la repetida custodia por muerte de los afectados, por vencimiento del plazo prefijado, por haberse concluido la patria potestad o tutela que le dio origen y por resolución judicial ventilada en un incidente por el cual se acredite la inconveniencia de la medida.

3.2.5 La Adopción

Algunos autores sostienen, que la adopción no es en nuestro Derecho propiamente una fuente constitutiva de la familia, ya que señalan que el adoptado no se incorpora a la familia del adoptante, puesto que la filiación adoptiva no crea parentesco entre el adoptado y los parientes del adoptante. Así pues, el adoptado es un extraño en relación con la familia del adoptante.³⁰⁴

Nosotros diremos, que la adopción sí es una fuente constitutiva de la familia, además porque si nos enfocamos a las nuevas reformas a nuestra legislación civil encontraremos los efectos de la adopción sobre los parientes del adoptante que constituyen verdaderos derechos y obligaciones que se encuadran en una relación de hijo consanguíneo. Esto propiamente al derogarse la adopción simple y existir únicamente la plena.

En esta orden de ideas, al constituir la adopción una fuente primordial de la familia moderna, veremos que en esta figura existen diversos conflictos que requieren solución.

Estos conflictos propiamente se pueden dar antes o después del nacimiento de la propia institución jurídica, entendiendo a esta como aquel acto jurídico por virtud del cual una persona o más que sea mayor de 25 años de edad crea por propia declaración de voluntad y aprobación judicial y una relación paterno filial que lo une con un menor de edad o incapacitado, de acuerdo con los requisitos que señala nuestra legislación civil.

Los conflictos presentados en la adopción, pueden surgir entre particulares que pueden o no ser familiares, por ejemplo ante la situación de pérdida de la patria potestad, violencia familiar, pobreza, abandono, entre otros y la persona recurre a la instancia de su conveniencia para resolver el conflicto y de ahí surge la posibilidad de adoptar al menor o al incapacitado para asegurar su bienestar y la de sus bienes.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 113.

Las cuestiones en estos casos serán: ¿Es o no conveniente la adopción entre particulares o familiares? y ¿Quién adoptará al menor o incapacitado?.

En caso de abandono, podemos citar el ejemplo de la madre ha decidido rehacer su vida con otro hombre, por que el padre abandonó el hogar y a su hijo recién nacido o de corta edad, el menor ha convivido pues con este nuevo padre y es conveniente la adopción debido a que el trato que se le ha dado es de hijo (posesión de estado) y es acorde a su interés superior.

El problema sería el tratar de convencer al padre biológico para que otorgue su consentimiento y es cuando el mediador interviene para solicitarlo y hacerle ver los beneficios que tendría su hijo, el cual ni lo conoce o ni se acuerda de él, por lo tanto con la adopción el menor no tendría porque afectarle la relación con su nuevo padre, porque lo ha visto como tal, caso peor sería que el mismo sepa quien es su padre y que ahora tiene que convivir con él.

Estos conflictos planteados, como pudimos ver, requieren de solución y para nuestro interés la mediación toma su importancia ya que de forma extrajudicial interviene en solución de aquellos velando por los intereses que se encuentran en pugna.

Los conflictos presentados después de surgida la adopción son aquellos que presentan entre la familia nueva del adoptado, es decir la relación entre el adoptado y la familia del adoptante, principalmente cuando el primero muestra una edad en la que le es difícil adaptarse, más si ha vivido en mismo ambiente o sabe quienes son sus padres biológicos, por ejemplo cuando los menores tienen más de 12 años y pueden dar su consentimiento.³⁰⁵

En este punto el mediador puede intervenir para evitar pugnas entre la familia y el adoptado y encontrar una mejor solución, situación que no haría un juez porque se involucran sentimientos y no cuestiones jurídicas propiamente dichas.

³⁰⁵ Ver fracción IV artículo 397 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por otro lado, el problema no sería tan grave cuando el menor o incapacitado ha convivido con el adoptante, por ejemplo cuando los padres han dejado a sus hijos al cuidado de los abuelos, de otro familiar u otras personas desde su nacimiento por cuestiones económicas o por alguna otra que motive la pérdida de la patria potestad, pero que se ha optado mejor por adoptar al dicho menor a declarar la pérdida de la patria potestad ya sea por que el juicio es más corto, porque el menor llama padres a los que lo han guardado (posesión de estado) o bien porque con la adopción el menor tendría derechos de gastos médicos, derivados de la sucesión, alimentos, etc., que le son más convenientes que otros, en este sentido no le sería difícil adaptarse, pero el mediador intervendría en mejorar las relaciones de quien o quienes adoptaron al menor y los padres biológicos.

2.2.6 Reconocimiento de los hijos

Otro de los problemas que surgen dentro del ambiente familiar es en cuanto al reconocimiento de los hijos y se presenta principalmente cuando los padres no son casados.

El tema de Reconocimiento de paternidad o de maternidad o de su investigación, sabemos que es un tema nuevo dentro de nuestro sistema jurídico, al involucrar los avances científicos de la humanidad, como lo es la prueba biológica del ADN, y que de acuerdo con el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil es prueba plena o idónea para probar la paternidad o maternidad de un hijo.³⁰⁶

En este aspecto, surge el problema de que esta prueba por el mismo motivo de ser “novedosa” en nuestro país es costosa, señalamos entre comillas, porque aunque tiene poco tiempo de implementarse por el mismo hecho de ser costosa es inusual y poco recurrida.

³⁰⁶ Ver Tesis: II.2o.C.99 C, Novena Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Julio de 1998; con el rubro: PERICIAL EN GENÉTICA. ES LA PRUEBA IDÓNEA PARA DEMOSTRAR CIENTÍFICA Y BIOLÓGICAMENTE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN.

En este caso, el mediador puede intervenir en tratar de “convencer” al padre biológico que reconozca de forma voluntaria a su hijo como tal, puede intervenir ya porque la madre no cuenta con medios suficientes para sufragar el gasto del pago de la prueba en un juicio, o porque el juicio de Reconocimiento de Paternidad es más largo de lo que costaría que el padre lo hiciera por su voluntad.

El mediador también puede intervenir sugiriendo al padre biológico que si lo desea pague la prueba (si tiene los medios) y si la prueba es positiva, se vería obligado moralmente a reconocer a su hijo o bien a recurrir a la instancia que en derecho proceda.

3.2.7 La sucesión en la Familia

Por último, y a efecto de terminar con el apartado sobre conflictos familiares, señalaremos aquellos que se presentan entre parientes o no parientes antes o después del inicio de un Juicio Sucesorio.

En este caso, el conflicto se puede presentar antes de que se inicie el juicio; es decir cuando a la muerte del de *cujus* y los familiares entran en pugna, es decir cuando surgen diversos intereses económicos, porque el de *cujus* dejó bienes, pero no dejó testamento.

Lo que significa que en este caso, el conflicto se suscita antes de iniciar un juicio intestamentario, y la viuda, los hijos o algún pariente recurren a cualquier instancia para resolver dicho conflicto.

En este sentido, el mediador puede intervenir para tratar de que los posibles herederos busquen una mejor solución y el juicio sea satisfactorio, asimismo para que vayan con una idea de la mejor partición de los bienes, más cuando intervienen intereses de menores, incapaces u otros desprotegidos, que requieren no quedar desprotegidos por la sucesión y que muchas veces es necesario que alguno de los herederos ceda su parte proporcional en beneficio del

menor, incapaz o desprotegido, o bien para tratar de elegir quien será el albacea en dicha sucesión.

De aquí se desprende, que cuando el juicio intestamentario o el testamentario (cuando si dejó testamento el de *cujus*) ya dio inicio, es necesario mediar las relaciones entre los herederos y/o legatarios, para un buen juicio o para que ceden su parte proporcional, en el caso que ya señalamos.

3.3. LA EFICACIA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

En el transcurso de este apartado, veremos que la mediación familiar, no es otra cosa que la intervención de un mediador o un equipo mediador (en principio psicólogo, asistente social y abogado), que ayuda a la pareja y a la familia en general, a conseguir acuerdos en su beneficio; por ejemplo para que su separación o divorcio se realice de forma menos conflictiva, y puedan seguir ocupándose de sus hijos, en caso de haberlos, a pesar de que ellos hayan dejado de constituir una unidad familiar; también para construir acuerdos entre los familiares en beneficio de los menores e incapaces; en relación a sus bienes; para llegar a un buen juicio sucesorio, entre otros.

En pocas palabras, gestionar de una forma pacífica los conflictos de los cuales nos ocupamos en el apartado anterior, o bien tratar de integrar a la propia familia.

Por lo tanto, es aplicable en asuntos de familia, incluyendo personas casadas y no casadas, antes y después de sentencias incluyendo la disolución del matrimonio, división de la propiedad, responsabilidad de padres única o compartida, o alimentos, custodia y régimen de visitas.

Es importante destacar, que la mediación bien realizada debe regular los conflictos desde una óptica pacífica y fuera de todo contexto judicial, aunque al final, en el supuesto de que la mediación haya dado sus frutos, se plasmen los acuerdos de las partes en el correspondiente

convenio regulador o se aporten, por ejemplo, junto con la demanda de divorcio en el juzgado que sea competente, con el fin de obtener una sentencia que en el futuro no sea fuente de conflictos.

Entre los principales resultados deseados en la mediación podrían ser: la disminución de los costos del trámite legal, la duración del procedimiento, los sentimientos negativos, la unión de la familia y la reacción violenta después del divorcio o de un juicio sucesorio por señalar algunos ejemplos.

Por otro lado, también se busca el aumento de participación de todos los miembros del núcleo familiar en el proceso de gestión, la responsabilidad del padre y la madre en el cuidado de los hijos, la autoestima de padres e hijos y la cooperación.

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

Por otro lado, es importante que el mediador este preparado para recibir y procesar estas emociones, que siempre estarán de una manera u otra presentes antes, durante y después de la sesión de mediación; ya que hemos observado en la mayoría de las ocasiones, sino es que en todas, 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, tal es el caso de la mujer que pretende que con la mediación su esposo se reintegre a su hogar, o el hombre que pretende que su mujer lo perdone y lo vuelva amar.

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 sí 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.

El acuerdo final en la mediación familiar es conducido generalmente por las propias partes. Además en esta figura es permisible que haya un asesor legal que este presente en la sesión, y que asesore privadamente a su cliente, pero esta presencia es aleatoria y muchas veces inadecuada como más adelante veremos.

A continuación describiremos cómo se pueden resolver los asuntos familiares a través de la mediación sin necesidad de litigar, sin antes pasar los orígenes de esta figura y su evolución.

3.3.1 Orígenes y Evolución de la mediación familiar

Realmente no encontramos una fecha ni un lugar específico del origen de la mediación familiar, como estudiamos en los capítulos anteriores, el único antecedente que tenemos es que es nace con los llamados procedimientos RAD, que es un movimiento tuvo auge en la década de los 70's.

Por otro lado, Eduardo José Cárdenas, tratadista argentino, asevera que:

*“La mediación familiar comenzó en el terreno del divorcio, que fue la gran novedad de la década de los años cincuenta. Con el transcurso del tiempo, el divorcio fue dejando su carácter de catástrofe que exigía encontrar un culpable, para pasar a ser una etapa vital de transformación duras pero muchas veces provechosas. La mediación tuvo y tiene un éxito muy grande en esta área. Ella ocupa todavía el noventa por ciento del tiempo de un mediador.”*³⁰⁷

De lo que podemos decir, que la mediación familiar surge entre los años 50's a los 70's con los llamados procesos RAD, y se originó principalmente en el ámbito del divorcio.

³⁰⁷ CÁRDENAS, Eduardo José; *La mediación en conflictos familiares*; Editorial Lumen/Hvmanitas 2ª Edición; Buenos Aires 1999; p. 61.

Aunque sabemos, que la mediación ha evolucionado en distintos países como Argentina, Chile, Uruguay, España, Paraguay, Colombia, Estados Unidos, etc., países, como en Argentina apenas en la década pasada es aprobada una Ley de Mediación Familiar, o en Colombia que no cuenta todavía con esta ley, pero que es lo que se pretende.

De modo que, debido a que la mediación familiar ha evolucionado en distintos países, no solo es aplicada en el tema del divorcio sino que en otros más como: en el derecho sucesorio, alimentos, guarda y custodia, visitas y convivencias con los hijos, entre otros que ya señalamos.

3.3.2 Concepto de mediación familiar

El Servicio de Mediación Familiar del Gobierno de la Rioja en Chile, señala que la mediación familiar:

“Es un proceso de resolución de conflictos familiares. El mediador/a ayuda a la pareja a conseguir acuerdos para que su separación o divorcio se realice, teniendo en cuenta las necesidades de todos los miembros del grupo familiar y en particular de los hijos/as.”³⁰⁸

Otros servicios e instituciones señalan que la mediación es un elemento dirigido a las necesidades de la pareja y de los hijos durante el proceso de ruptura y con posterioridad a éste.

Sin embargo, no estamos de acuerdo con las definiciones planteadas, ya que sabemos que la mediación familiar no solo resuelve problemas de pareja ni sobre los hijos, debido a que va más allá de este simple estudio.

Por lo anterior, diremos que la mediación familiar es un proceso de gestión orientado a la resolución de los conflictos familiares (divorcios, separación de parejas, reconocimientos de los hijos, visitas y convivencias, guardas y custodias, sucesiones, etc.), a través del cual dos o

³⁰⁸ www.larioja.org/web/centrales/servicios_sociales/familia/; página consultada el día siete de abril del 2003.

más personas acuerdan por sí mismas la solución amistosa de sus diferencias, con la asistencia de un tercero neutral calificado, denominado mediador familiar.

3.3.3 Objetivo de la mediación familiar

La mayoría de los tratadistas opinan que el objetivo o meta primordial de la mediación familiar es el acuerdo entre las partes, sin embargo no basta llegar a acuerdos “estructurados y duraderos”, o de acuerdos “que se cumplan”, o de acuerdos “que traigan a ambas partes satisfacción subjetivas y ventajas objetivas”.

Ya que para lograr este tipo de acuerdos:

“El proceso debe ayudar a las partes a cambiar. Es imperativo que logran verse como partes de un todo (la familia) y que relacionen su bienestar personal futuro con el bienestar personal futuro de los restantes miembros del grupo (adultos, niños, y adolescentes).”³⁰⁹

De lo anterior, se desprende que el objetivo principal de la mediación familiar es lograr acuerdos estructurados, duraderos, que se cumplan y conlleven a las partes satisfacción subjetiva y ventajas objetivas, pero para lograr esto debe de haber un cambio en la estructura de la familia.

Por otro lado, nosotros consideramos que además del objetivo anterior la mediación pretende:

- ✦ Reanudar o facilitar la comunicación.
- ✦ Conseguir soluciones adaptadas a cada situación concreta.
- ✦ Atender a las necesidades de cada miembro de la familia.
- ✦ Mejorar las relaciones entre los miembros del grupo familiar y velar por el interés de los hijos.

³⁰⁹ *Ibidem*; p. 64.

◆ Reintegrar a la pareja.

La importancia de este proceso radica en ofrecer una fórmula positiva, en un clima de cooperación, unión y respeto mutuo, por ejemplo: que entre la pareja que decida separarse y a través de una tramitación amistosa y dirigida por terceras personas neutrales e imparciales, ofreciendo un acuerdo adaptado a las necesidades particulares de toda la familia y en el que ambos padres siguen en todo momento participando y responsabilizándose de los aspectos referidos a la educación y desarrollo integral de sus hijos, incluso después de hacerse efectiva la ruptura.

En este caso, el objetivo primordial de la mediación será el evitar enfrentamientos inútiles entre la pareja y su incidencia en los menores, disminuir los procedimientos judiciales como forma legal de resolver la separación o el divorcio, evitar los incumplimientos tan frecuentes en los procedimientos matrimoniales, fomentar la cooperación entre los padres y a veces lograr la reintegración de la pareja para la subsistencia del núcleo familiar.

La mediación familiar como instrumento preventivo para desencadenar conflictos mayores, tendría como misión primordial remover las barreras que obstaculizan una comunicación efectiva, ya que una comunicación defectuosa produce peligrosos malos entendidos.

La sola presencia del mediador cambia la dinámica de la mediación. Existe un tercero que filtra y organiza la comunicación entre las partes, que las va guiando a través de sesiones individuales o conjuntas y que utiliza diversas herramientas (preguntas de diferentes tipos, parafraseo, convalidación y otras) para ir superando las dificultades que se van presentando en la mesa de mediación. Una buena negociación con la ayuda de un tercero neutral, hará que la familia mantenga la visión de su continuidad generacional.

3.3.4 Principios básicos en la Mediación Familiar

Para nosotros, la mediación familiar tiene como principios básicos el de equidad, justicia, libertad y publicidad, ya que es en ellos donde se fundamenta.

a) Principio de Equidad

Consideramos que rige el principio de la equidad en la mediación, ya que en este proceso se aplica la ley al caso concreto y de forma discrecional, debido a que si bien es cierto, la mediación se sujeta por su propio procedimiento, debe adecuar el conflicto planteado a la ley que lo regule y puede ser el mediador discrecional en su aplicación.

Por ejemplo: si se está ventilando un conflicto de separación de pareja y es aplicable un divorcio voluntario, porque existen hijos menores de edad y se va a convenir en cuanto a los bienes; se mediará sobre el convenio dentro del divorcio voluntario y no con base a un divorcio administrativo, porque se estaría estudiando otro caso aplicable. Por otro lado será discrecional en cuanto a la forma en el planteamiento de la solicitud de divorcio y siguiendo los demás principios de la mediación.

b) Principio de Justicia

Creemos que la mediación debe guiarse por la justicia, ya que en este procedimiento el mediador debe encaminar a los participantes en celebrar un acuerdo en el que cada quien tenga lo suyo, por ejemplo no puede aceptar un convenio donde las partes estipulen una pensión alimenticia para el cónyuge que trabaja, ya que no sería justo y se iría en contra de lo que la propia ley señala (equidad). Además de que si el cónyuge tiene posibilidad de sufragar sus gastos, no sería justo que el otro contribuya a cubrir este gasto, porque se estaría en contra de este principio y no se estaría dando lo mismo en igualdad de condiciones.

c) Principio de libertad.

Este principio rige, ya que la mediación es celebrada en plena libertad de las personas para solucionar sus propios asuntos y en los legítimos intereses de todas las personas que de un modo u otro se vean afectadas por un conflicto, y no en imposición de la ley.

d) Principio de publicidad

Creemos que la mediación se regula por este principio, debido a que en la mediación por ventilarse situaciones de familia, los derechos que se derivan son de carácter público, es decir que le importan al Estado y en general a la sociedad y no pueden ser violados en perjuicio de los miembros de la familia, además tienen el carácter de irrenunciables.

En estricto sentido, estos son los cuatro principios básicos que rigen a la mediación familiar, pero un amplio sentido podemos observar que también rigen otros principio como el de inmediatez, oralidad, rapidez, flexibilidad, entre otros que también son de suma importancia.

e) Flexibilidad

La mediación es considerada como un proceso de gestión alejado de toda forma de ritualismos y formalismos, logrando así conseguir acuerdos en el menor tiempo, además que permite a las partes facilidad para resolver la conflictiva planteada.

3.3.5 Ventajas y Desventajas

La mediación como proceso alternativo de solución de disputas familiares, es un mecanismo que como algunos, ofrece amplias ventajas y beneficios si está bien planteada, que la hace un proceso eficaz, entendiendo a la palabra “eficaz “, como aquello “que logra hacer

efectivo un intento o propósito,³¹⁰ en este caso la solución a un conflicto familiar por medio de esta figura, siguiendo sus principios y requisitos básicos, además de la cooperación de los participantes. Sin embargo a falta de estos o por la propia imperfectividad del procedimiento se derivan ciertas desventajas que a continuación estudiaremos:

a) Ventajas

Las ventajas y/o beneficios más importantes del sistema de mediación son los siguientes:

- ✦ **Produce un sensible alivio a los juzgados familiares**, pues muchos casos se solucionan sin haber siquiera entrado dentro del sistema judicial. Si bien es cierto que gran cantidad de casos, aun antes de la mediación, se resuelven extrajudicialmente o a través de otro medio (conciliación), el solo hecho de iniciar un expediente produce todo un papeleo y el sistema debe ponerse en funcionamiento. Esto también ocasiona gastos al Estado, y lleva a los juzgados a un estado máximo de saturación, que perjudica a las otras causas que deben continuar con el proceso.

- ✦ **Ahorro de tiempo para lograr la conducción del conflicto**, ya que resulta una ironía que, cuando en el mundo todo se ha acelerado, en el caso de la justicia se ha producido un proceso inverso, ya que, prácticamente, en todo el mundo, cada vez es más lenta. La cantidad de causas que todos los años ingresan a los juzgados familiares es cada vez mayor, y a menudo pasan varios años antes de que alguna se resuelva. Hay casos en que, por la necesidad de tomar una decisión urgente, no se puede esperar los tiempos de la justicia. En estos casos la mediación familiar brinda una gran ayuda, al permitir que se comience a mediar en el momento en que las partes lo acuerden, que puede ser en pocos días o en pocas horas.

³¹⁰ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA; *Ob. Cit.*; p. 508.

- ✦ **Ahorro de dinero**, por resultar mucho más económico que los procesos formales, y en algunas ocasiones son gratuitos (instituciones públicas como el DIF Nacional). Además, produce un ahorro del casi 100% en lo que a tasas judiciales se refiere.

- ✦ **Se trata de evitar que haya ganadores y perdedores**, lo cual redundará en beneficios en cuanto al mantenimiento de las relaciones futuras entre los familiares. Si alguno de ellos se siente perdedor y considera que no es equitativo, el acuerdo alcanzado puede retirarse y alcanzar un juicio.

- ✦ **Aumenta la creatividad en la medida que no hay ningún límite externo**, salvo lo que se establezca en la mediación para crear el acuerdo, además de los límites de la propia ley en los derechos públicos. Al ser más flexible, utiliza capacidades alternativas que no están previstas dentro del sistema judicial formal. No debe basarse en precedentes, al mismo tiempo tampoco puede sentar precedentes para otros casos. Sólo tendrá este valor para las partes involucradas y para el mediador, para sus futuras intervenciones, en la medida en que produce un aprendizaje.

- ✦ La mayor ventaja individual que produce la mediación es un **aumento sensible del protagonismo de las partes**, lo que aumenta la responsabilidad de estas.

- ✦ **Se produce un aprendizaje**, Al solucionar un conflicto, como subproducto de esto uno puede adquirir la capacidad de solucionar otros futuros conflictos en la misma área en la cual se presentó el anterior o aun en otras áreas diferentes. Esto ha recibido también el nombre de "transferencia de aprendizaje" o "conocimiento tácito". A veces las partes no son conscientes de este aprendizaje en el momento en que lo adquieren, aunque se ven las consecuencias a posteriori, cuando enfrentan otro conflicto.

- ✦ **Unión familiar**, la mediación familiar pretende la unión de los familiares en situación de pugnas y muchas veces hasta logra la reintegración de la pareja, esto se da cuando el mediador considera que la pareja todavía tiene futuro como tal y puede lograr sobrepasar

sus conflictos y volver a unirse. Por lo que el mismo buscará medios alternos para unirlos y puede encaminar a los participantes a la decisión de tomar terapias de pareja y reintegrarse, con auxilio de un psicólogo o de un especialista en la materia.

c) Desventajas

Se han realizado estudios que muestran que no todo es color de rosa en la mediación familiar.

- ✦ En algunas ocasiones, **los participantes logran peores acuerdos cuando concurren al sistema de mediación** que cuando solucionan sus conflictos en el sistema judicial formal, por que no le toman el sentido de seriedad a la mediación, que le darían a un proceso judicial.

- ✦ **No se llegan a resolver casos de violencia**, esto se debe a que en los encuentros de mediación se mantiene la misma pauta interaccional que existía en la pareja, y por lo tanto, si lo que predomina era el temor de las mujeres hacia sus esposos o concubinos, este temor se va a manifestar en la mediación, y probablemente es lo que lleva a que eviten hablar del tema violencia, así como antes evitaban realizar las denuncias policiales correspondientes, por lo tanto no se soluciona. Los hombres no traen el tema de la violencia, porque saben que los posicionará negativamente para el acuerdo.

- ✦ **Acceso reducido a la justicia que tienen las partes**, porque en muchos casos llegarse a un acuerdo, las personas se alejan el sistema judicial, lo cual a su vez trae otro problema a la justicia y es que no se encuentra retroalimentada por la cotidianidad, y esto lleva a que no se sienten precedentes, jurisprudencia y que no se dicten leyes mas acordes con lo que pasa en este momento en la comunidad.

- ✦ **Parcialidad de los mediadores**, el significado esencial del mediador debe de ser el de ser neutro; cuáles son los alcances de esto dentro del proceso de mediación, y si la neutralidad

es algo dado (como características inherentes a determinadas personalidades) o se puede ser aprendida. Son interesantes las conceptualizaciones sobre las contradicciones que se establecen entre neutralidad – imparcialidad – equidistancia.

- ✦ **Incumplimiento de los acuerdos**, debido a que no existe en algunos sistemas de mediación medios coactivos para lograr su cumplimiento por el propio mediados, sino que el juez familiar tendría que hacerlo cumplir, o bien pasan por alto al acuerdo y deciden someterse a un proceso judicial, lo que acarrearía dos gastos innecesarios.

Estas desventajas marcadas en la práctica, en nuestro propio país y la de los demás, son las que pretendemos que disminuyan con la implementación de esta forma alternativa de solución de disputas mejorada, pero que llevaría más esfuerzos, si tomamos en cuenta que ni siquiera está regulada en nuestro país, por lo tanto no se ha experimentado en su aplicación formal.

3.3.6 Personas a las que va dirigida la mediación familiar

La mediación familiar va dirigida a todas las personas que se encuentren inmersas 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 no es terapia familiar, pero se puede convenir en esta posibilidad.

También se dirige a las parejas que conviven o casadas y que están decididas a separarse o divorciarse y que no han iniciado los trámites legales, que están en trámites de separación y divorcio o divorciadas o separadas que deseen modificar las medidas previamente establecidas.

3.4 LA EFICACIA DE LA MEDIACIÓN COMO PROCESO EN EL ÁMBITO FAMILIAR

El proceso de la mediación se desarrolla mediante la combinación de reuniones conjuntas y, en su caso, por separado con objeto de que el mediador llegue a un mejor entendimiento de las diferencias entre las partes para poder ayudarles a resolverlas.

El número de sesiones depende generalmente de diversos factores tales como el número de asuntos que las partes desean resolver, el número de partes o la complejidad de dichos asuntos. Las sesiones se efectuarán de manera conjunta con la presencia de los interesados y del mediador, éste último podrá reunirse individualmente con cada una de las partes cuando lo considere oportuno.

Por regla general, cualquier asunto tratado en reunión individual será confidencial, y su contenido no será compartido por el mediador salvo permiso expreso. Es permisible que las partes se asesoren por los profesionales que estimen oportuno y si las mismas alcanzan un acuerdo sobre la totalidad o sobre alguna de sus diferencias, el mediador propondrá que los interesados, si lo consideran conveniente, acudan a profesionales expertos a fin de que se informen sobre las consecuencias de sus acuerdos.

Para iniciar la mediación, es necesario que el interesado o interesados acuerden por escrito su deseo de participar en dicho proceso, para lo cual es necesario reunirse con el mediador en una sesión de etapa previa a la mediación o pre-mediación para que puedan tratar directamente con él o ella los asuntos que desean resolver.

Si después de esta sesión previa el interesado o interesados desean iniciar la mediación, podrán rellenar y firmar el documento de aceptación de la mediación. Tras recibir dicho documento, la institución o centro del servicio de la mediación pondrá al o los interesados de nuevo en contacto con su mediador para decidir la fecha más conveniente para el inicio de las sesiones.

3.4.1 La figura del mediador

Como hemos estudiado, el mediador es la persona que atenderá a las partes y los ayudará a resolver sus diferencias, pero no tendrá autoridad para imponerles una solución, si proviene de un centro privado de mediación. Algunos tratadistas consideran que estas personas son también expertos en diversos campos de actividad profesional como el Derecho, la Psicología, el Trabajo Social, etc., y con experiencia en el ámbito familiar, pero nosotros consideramos que el mediador necesariamente debe ser profesional en el área del Derecho, quien podrá auxiliarse de aquellos expertos en otras materias, por las causas que más adelante expondremos.

La figura del mediador familiar se le caracteriza por ser un profesional especializado (expertos en actuaciones psico-socio-familiares), imparcial e independiente, cuya actuación es requerida por iniciativa del o los interesados. Su actuación se materializará en la simple mediación conciliadora o, en su caso, en propuestas de solución a aceptar, o no (esto último es importante e inherente a toda mediación), libremente por los sujetos en conflicto.

De la característica de la mediación de ser confidencial, se desprende la obligación del mediador de no divulgar a terceros ningún aspecto relativo a los asuntos tratados por las partes con él, siempre y cuando no provenga de un mandamiento judicial. También es importante que toda la documentación que los interesados deseen dar al mediador, individual o conjuntamente, les será devuelta cuando finalice la mediación.

En otro orden de ideas, sabemos que no existe un solo tipo de mediador, ya que en el mito de la mediación, hay un mediador genérico, aunque con diferentes características y estilos. En realidad, la comunidad de mediadores esta formada por diversidades, pues los mediadores no constituyen un grupo homogéneo.

a) Tipos de mediadores

Se ha llegado a la conclusión que existen tres tipos básicos de mediadores:³¹¹

✦ Quienes actúan como promotores públicos y constructores de área

Se trata de quienes son públicamente conocidos por la promoción de la mediación como sistemas para resolver conflictos, además estos mediadores hablan y escriben sobre la mediación, con llegada a grandes auditorios, por lo que son voceros del método.

Promueven a la mediación como alternativa legítima y creíble, por ser menos costosa, más eficiente, equilibradora 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 justifican 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.

✦ 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 sí mismos, al mismo tiempo que a sus servicios; al contrario, los que ejercen en contextos institucionales tienen mas casos de los que pueden manejar y su preocupación muchas veces ronda por interrogarse sobre si a alguien le importa realmente lo que hacen. Pero ambos 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.

³¹¹ Cfr. www.ezedas@citynet.net.ar; página consultada el día 23 de marzo de 2003.

✦ **Quienes offician 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

b) Características de un mediador eficiente.

El mediador “perfecto” debería poseer relevantes cualidades a fin de poder adoptar conductas adecuadas.

Las principales cualidades que se predicán del mediador son:

- ✦ **Neutralidad:** La cualidad más importante de un mediador eficaz es su capacidad de mantener un papel imparcial y neutral en medio de una controversia.
- ✦ **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, aun cuando el mediador este en desacuerdo con la sabiduría o con la justicia de la solución.
- ✦ **Flexibilidad:** Debe estimularse la fluidez en las comunicaciones.
- ✦ **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.

- ✦ **Paciencia:** Es importante que el mediador pueda esperar los tiempos necesarios según lo requieran las partes.
- ✦ **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.
- ✦ **Sensibilidad y respeto:** El mediador debe ser respetuoso con las partes y sensible a sus fuertes sentimientos valorativos, incluyendo sexo, raza y diferencias culturales.
- ✦ **Oyente activo:** Las partes deben sentir que el mediador ha oído las respectivas presentaciones y dichos.
- ✦ **Imaginativo y hábil en recursos:** Es importante que el mediador tenga capacidad de generar y aportar ideas nuevas.
- ✦ **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.
- ✦ **Objetivo:** El mediador será más efectivo si permanece desligado del aspecto emocional de la disputa.
- ✦ **Digno de confianza para guardar confidencias:** Debe guardar confidencialidad y las partes tienen que estar convencidas de que ello será así.
- ✦ **Tener sentido del humor:** Es necesario para aflojar tensiones y crear un clima favorable.
- ✦ **Perseverante:** Cuando las partes llegan lentamente al acuerdo, el mediador debe soportar las esperas y la ansiedad que esto provoca.

c) Clasificación de los estilos del mediador

Como sabemos, hay diferentes estilos de mediación, por lo tanto el mediador puede tender a definir los problemas en forma amplia o restringida, adoptando un rol evaluativo o facilitador del conflicto.

La intervención del mediador puede ser de evaluación y limitada, de facilidades y amplia o de evaluación y amplia.

Si el mediador adopta una aproximación amplia puede examinar intereses personales de las partes en conflicto y hasta puede llegar a usar la mediación para modificar a las partes de un conflicto.

Los mediadores pueden llegar a usar técnicas evaluativas y facilitativas; algunos especialistas aconsejan empezar con técnicas limitativas y luego ampliar.

Para elegir un mediador el solicitante de la mediación deberá expresar cuales son sus objetivos, de lo que se desprende que el mediador no debe tener carácter muy fuerte pues, esta modalidad puede desnaturalizar la mediación y hacerla fracasar.

d) Roles del mediador

Durante el curso de la mediación, el mediador desempeña varios roles, los cuales son:

- ✦ Facilitar la discusión;
- ✦ Abrir los canales de comunicación;
- ✦ Traducir y transmitir información;
- ✦ Distinguir posiciones de intereses;
- ✦ Crear opciones;
- ✦ Ser agente de realidad.

Por lo tanto, el mediador debe tener la capacidad para ser: neutral, flexible, inteligente, paciente, empático, sensible, respetuoso, imaginativo, objetivo, honesto, digno de confianza para guardar confidencias, perseverante, escuchar activamente, abstenerse de aconsejar y juzgar, tener sentido del humor y tomar distancia de los ataques.

Además, no decide ni tiene autoridad para imponer una solución a ninguna de las partes, característica que lo diferencia del juez o del árbitro. Es una persona entrenada para asistir a aquellas otras que se encuentran en conflicto, estimulándolas, guiándolas y escuchándolas para que ellas mismas arriben a un acuerdo.

Frecuentemente, el mediador es abogado, pero en algunos países se considera que no necesariamente debe serlo. Del mismo modo, el abogado puede participar en la mediación como guía y asesor jurídico, también trabajará activamente en la formalización del acuerdo que eventualmente logren las partes, pero sí es necesaria la intervención de abogados cuando el acuerdo logrado requiera homologación judicial, por lo que a nuestro juicio el mediador debe ser profesionalista en la materia de Derecho.

La elección del mediador no se distingue de la de cualquier otro profesional, ya que una simple entrevista será suficiente para conocer el estilo del profesional, su entrenamiento, su experiencia y los conocimientos que posee en relación con el tipo de disputa de que se trate.

De lo que concluimos, que para ser mediador no basta más que la realización de un curso aceptable según el esquema vigente en cada país, tampoco se alcanza con la obtención de una habilitación oficial. Se necesita, de una adecuada capacitación, aptitud y actitud psicológica, experiencia de vida y una gran dosis de paciencia, entre otras cualidades, que ya observamos.

3.4.2 Áreas previas de intervención del mediador

De acuerdo a la información que nos presenta el Centro Inter-Mediación,³¹² las áreas previas de intervención del mediador pueden ser las siguientes:

a) La carta del mediador

Una vez que la o las partes han llamado y se les ha dado una fecha, el mediador empieza su tarea al enviarles por escrito una carta (citorio) que tiene más funciones que el fijar la fecha y confirmar el lugar, día y hora de la sesión, puesto que el propósito de la carta es hacer oficial la reunión, y educar a las partes en algunos de los aspectos de la sesión. Esta carta está dirigida ya sea a las partes o a sus abogados (sí están representadas) o a ambos. La carta informa de los aspectos siguientes:

- ✦ Cuándo será la sesión
- ✦ Quiénes van a estar presentes
- ✦ Cuánto va a durar
- ✦ Costos de la sesión, a pagar al mediador (en caso de ser servicio privado).

Estos costos son variados y podrían incluir: el tiempo asignado a la sesión; preparación previa a la sesión; quien paga si se cancela la sesión o se la posterga de parte de las partes; cuales son las circunstancias que eximen del pago si éstas se cancelan por fuerza mayor; el costo de escribir el acuerdo de mediación al que las partes arribaron, y determinar la parte proporcional de estos costos de que es responsable cada parte.

Puede ser que los costos hayan sido determinados por el juzgado (situación que se da en aquellos países que así está regulado), en cuyo caso se confirma el costo final. Esta carta o citorio, en definitiva, debe contener todos los datos que el mediador desea que las partes y/o sus abogados conozcan antes de asistir.

³¹² Cfr. www.inter-mediacion.com; página consultada el día 14 de abril del 2003.

b) Preparación previa del mediador

A pesar de algunas opiniones que dicen que el mediador no se debería formar previa opinión, es necesario leer todos los materiales enviados sobre el caso antes de la sesión de mediación. No hacerlo es tomar partido por la imprevisión como técnica.

La neutralidad se ejerce al leer los informes y el resto del material, y plantearse las preguntas adecuadas. No “¿quién tiene la razón en este caso?”, sino: “¿Cómo se puede ayudar a estas personas a ver una solución como algo que las dos aprueban?”

Dado que el fundamento de la mediación esta basado en el derecho de las partes a su auto-determinación, es importante que el mediador se libere de actitudes controladoras o de poder, además tiene que ser capaz, desde el discurso inicial y a través del proceso, de enviar una imagen de apoyo y cooperación, no de juzgamiento o superioridad. Se recomienda examinar las actitudes, la postura corporal y el tono de voz al empezar la mediación con el discurso inicial.

c) Preparación de la sala de mediación

Se propone, que este sitio tiene que estar preparado de manera confortable, aunque sin demasiada decoración, además es importante que las sillas o sillones estén no demasiado alejados unos de otros, para invitar a las personas a comunicarse de modo directo.

También se sugiere, que el mediador se ubicara en el medio, de modo de enviar el mensaje que todas las comunicaciones pasan a través de él. Un rotafolio con la cantidad de papel suficiente para trabajar estará situado detrás de la silla del mediador.

Por otro lado, la idea es que el sitio tiene que ayudar a que las personas recobren un poco de la confianza mutua como para hablar frente a frente. Si hay abogados, habrá que ordenar las sillas de tal modo que siempre reflejen la posición intermedia del mediador.

Aunado a lo anterior, es conveniente que el sitio haga que las personas se sientan cómodas y relajadas, para lo cual puede tener una mesa en la parte de atrás, con bebidas tales como agua y jugos de frutas, asimismo se les puede proveer de papel y lápiz para que tomen las notas necesarias durante la sesión.

d) Personas invitadas a la sesión

En algunos países se ha considerado que las partes y sus abogados son las únicas entidades legalmente autorizadas a participar de una sesión de mediación, especialmente si es ordenada por un juez y son, legalmente, las partes.

Pero, en nuestro país podemos considerar que hay otros individuos que podrían también tener una participación semejante. En algunos casos, el llamado “*guardiam ad litem*” que representa los intereses del menor o menores de la familia en mediación estará presente.

Y en casos de familias con diferentes tradiciones culturales, otros individuos pertenecientes a la familia extensa pueden estar presentes, por ejemplo las familias hispanas en Estados Unidos usualmente vienen en grupo, e integran distintos familiares en el proceso.

Por lo que es aconsejable, que el mediador debe respetar estas variaciones en la medida en que pueda sentirse cómodo con la coordinación del proceso frente a un grupo numeroso. Tendrá que ampliar las instrucciones ofrecidas en el discurso inicial para que los otros familiares sepan como comportarse y que rol les toca desempeñar.

3.4.3 Etapas

El procedimiento de la mediación familiar puede dividirse en seis etapas³¹³ principales y son:

³¹³ Cfr. www.mediacioneducativa.com.ar; página consultada el día 14 de abril de 2003.

a) Introducción

En forma de resumen podemos decir que en esta etapa:

- ✦ Las partes y el mediador se presentan.
- ✦ El mediador explica su rol, las características de la mediación, las reglas de procedimiento y comportamiento, y se reafirma la regla del respeto mutuo.
- ✦ Se aclaran las preguntas que pudieran existir.
- ✦ Se reafirma la confidencialidad, la voluntariedad y la neutralidad.

En cuanto al discurso inicial del mediador, es un tema en el cual vale la pena invertir algún tiempo de preparación previa, en este caso se dice que a las partes no debe “quedar librado a la buena memoria,” ya que cada pieza de información cumple un distinto rol y todas las piezas tienen que ser provistas al comienzo de la sesión.

La primera indicación es que cada mediador debería preparar su propio discurso de apertura, indicando los temas que a él o ella le son importantes. Luego de tener un texto básico, hay que aprenderlo para ser capaz de decirlo sin tener que leer de un papel. No hay una fórmula única, pero un discurso apropiado contendrá los elementos esenciales, incluyendo una descripción de los roles de las partes, del rol de mediador, y de los procedimientos que se van a usar para llevar a cabo la discusión.

En primer lugar, es óptimo que el mediador deba presentarse y hacer una breve reseña de sus calificaciones, usando un lenguaje sencillo y sin palabras técnicas. Luego procederá a identificar las partes y sus abogados, usando los nombres completos de cada persona, y a continuación una breve descripción de lo qué consiste el proceso de mediación, enfatizando su voluntariedad, y su naturaleza consensual.

Agregaré también, la descripción de su propio rol, subrayando el aspecto de imparcial facilitador de la comunicación entre partes.

Se le sugiere, que posteriormente especifique en qué consiste el rol de cada una de las partes y de sus abogados (si los hay) incluyendo la noción de “caucus”³¹⁴ o reunión privada, útil para discutir aspectos individuales de cada parte.

Es importante incluir una explicación de la confidencialidad, es decir en qué consisten sus límites, junto con algunas reglas básicas de la comunicación ordenada. Un ejemplo muy esquemático de un discurso inicial es el siguiente:

“Buenos días, yo soy Ángela Medina y he sido asignada para ser su mediadora. La sesión de hoy va a durar... minutos. Por favor, familiarícense con la habitación, y vean que hay algunos refrescos aquí para que los usemos. Yo estoy para ayudarlos en la discusión de los problemas que los han traído hoy a mediación. Yo trabajo para Inter-mediación, Inc. y tengo experiencia en ayudar a personas en conflictos a encontrar soluciones con las que puedan vivir mejor. Los felicito ahora por haber elegido este procedimiento. Vamos a buscar aquí una solución conjunta que satisfaga sus necesidades e intereses. La mediación es voluntaria, y confidencial, lo que significa que Uds. están aquí por su propia decisión y motivados a encontrar soluciones en cooperación. Yo estoy obligada a guardar secreto y nada de lo que se diga aquí podrá ser usado en un juicio. Al terminar, las notas que estoy tomando serán destruidas, así no queda ningún registro de lo que aquí hablamos. Mi rol será ayudarlos a identificar primero los temas a discutir, clarificar los intereses de cada uno, y asistirlos en un proceso que buscará una solución que les convenga a los dos. A lo largo del proceso, yo mantendré mi imparcialidad, dado que no tengo ideas preconcebidas acerca de una solución u otra. Por lo tanto, yo no puedo darles a Uds. soluciones propias. Voy a invitar a cada uno de Uds. a explicar su punto de vista, en orden y sin interrupciones de la otra parte. Tomen notas, y si tienen preguntas, las guardan para cuando les toque el turno de hablar. Después de oír a los dos, desarrollaremos algunas soluciones entre todos. ¿Están listos?”³¹⁵

³¹⁴ Palabra anglosajona que de acuerdo con el Diccionario Moderno Larousse Grolier, Inglés-Español; Editorial Cumbre; México 1985, p. 846; significa “Reunión” “reunión electoral”, “de dirigentes” o “Comité”, pero que es una palabra técnica utilizada en la mediación al referirse a uno de los instrumentos valiosos que el mediador tiene para mover la mediación adelante, explorando temas subyacentes o agendas que no se manifiestan en reuniones conjuntas.

³¹⁵ www.inter-mediacion.com; página consultada el día 14 de abril de 2003.

Se dice que este discurso inicial conlleva todas aquellas características que debe cubrir una mediación adecuada, sin embargo no estamos del todo de acuerdo en la regla utilizada por este centro de servicio (Inter-mediación.inc), en cuanto a la característica de confidencialidad, ya que si bien es cierto el mediador no puede divulgar a terceros lo que se habló en la sesión, por el contrario si lo puede hacer ante un mandamiento de judicial, ya que de lo contrario se estaría incurriendo en el delito de desacato a la autoridad, a menos en nuestro país si operaría, ya que no se puede eximir de cumplimiento alegando que es un secreto profesional, tema del que no profundizaremos por ser de otro estudio, pero que sabemos que la instituciones publicas si se esta obligado a ello.

Consideramos que este discurso de apertura puede ser evaluado a través de hacer las siguientes preguntas:

- ✦ ¿Es un texto conciso, sencillo y libre de palabras complejas?
- ✦ ¿Incita a las personas a sentirse cómodas?
- ✦ ¿Convince por su profesionalismo, o deja aspectos que desear?
- ✦ ¿Demuestra la confianza del mediador en el proceso y en su propia habilidad de manejarlo?
- ✦ ¿Establece la neutralidad y convence a las partes que no se esta allí para juzgarlas?
- ✦ ¿Quedó claro cómo se van a comunicar las partes entre sí y con el mediador?, y
- ✦ ¿Qué lenguaje corporal usó para entregar este discurso?

b) Contar la historia

Se resume esta etapa como sigue:

- ✦ Las partes cuentan su historia al mediador.
- ✦ El mediador "parafrasea" y "resume" la historia de las partes.
- ✦ El mediador se asegura de entender cuál es el conflicto.
- ✦ El mediador se asegura que las partes entiendan cuál es el conflicto.

Esta es la oportunidad de las partes de presentar su visión del problema, sin interrupciones.

Quien empieza a contar su historia primero, dicen algunos autores, no tiene importancia. Otros dicen que el primer relato “coloniza” la historia, y por lo tanto el segundo relato es sólo una refutación y defensa contra el primero.

La posibilidad de construir un escenario con palabras, de cuya veracidad no se piden pruebas en la mediación es una motivación muy fuerte para las partes. Ambas tratarán de ofrecer al mediador un relato convincente de sus motivos y aspiraciones, opuesto al del otro y usaran la oportunidad para ventilar sus frustraciones y emociones. Pero el mediador, desde su punto de vista, tiene el único propósito de recoger la mayor cantidad de información posible y de esta información van a salir los temas principales sobre los cuales va a girar la discusión. La herramienta del mediador aquí es la escucha reflexiva.

Sabemos que, generalmente, la gran tentación a evitar es la de ponerse a decidir quien de las partes tiene la razón, o quien está equivocado, pero no es la tarea del mediador la de juzgar. Las dos narrativas merecen igual interés, así que el mediador pondrá igual atención hacia las dos partes, tomando las notas necesarias. Y hará las preguntas adecuadas para solicitar mas información, cuando lo necesite.

Cuando haga preguntas, o reformule algún punto, es conveniente que el mediador haga uso de un lenguaje neutral, que no refleje ningún enjuiciamiento. Una de las herramientas valiosas de este proceso es la habilidad de preguntar remarcando el hecho sobre el cual se pregunta en una luz diferente, sin calificaciones. Las preguntas van hacia lo básico: quién, cuándo, de qué modo, en qué lugar y por qué. Además son abiertas, por que buscan ampliar la información sobre un tema dado.

c) Identificar los hechos y sentimientos

En esta etapa:

- ✦ Las partes se cuentan mutuamente su visión del conflicto.
- ✦ El mediador rescata los hechos y sentimientos de lo que las partes dicen.
- ✦ El mediador busca que las partes "se pongan en el zapato del otro."
- ✦ Se resumen los hechos y sentimientos de ambas partes.
- ✦ Se identifican los intereses y necesidades de las partes.

Cuando tenga identificados los temas en discusión, definidos en palabras neutrales, sin enjuiciamientos, y escrito dichos temas en el rotafolio, se dice que el mediador ha invitado a las partes a concentrarse solamente en esas áreas contenciosas.

Se aconseja que después de extraer los temas principales, de los múltiples argumentos con que las partes se enredan en la conversación, el mediador deberá pasar al segundo paso, que es el de establecer prioridades en la lista de temas. Esto ayudará a las partes a identificar y clarificar sus propios intereses y necesidades.

Se dice que esto se hace escribiendo los temas principales en un rotafolio. De esta manera, los temas se transforman de ideas dentro de la cabeza de las partes, en puntos para una agenda; toman una nueva realidad para ellas, y pueden ser ordenadas de acuerdo a su urgencia o importancia. Esta categorización de los temas se hace agrupando temas generales y yendo luego a los aspectos específicos. Cuando se han definido las tareas específicas, se podrá decidir quien hace qué y para cuándo.

Sabemos que, una segunda ventaja de tener los temas escritos en un rotafolio frente a las partes, es mover la discusión de una posición centrada en los intereses propios, hacia un estilo de pensamiento dedicado a la solución de problemas conjuntos. Las partes se ven invitadas a

mirar a una lista de problemas comunes, descritos de un modo neutral por el lenguaje del mediador.

Los puntos listados son la serie de problemas a resolver por cooperación entre las partes, no por oposición, y cada vez que las partes vuelvan a discutir entre sí, el mediador podrá volverlos a la tarea señalando a la lista de temas escrita en el rotafolio.

Es importante, cuando estos temas están escritos, usarlos para diferenciar qué se puede mediar y qué no es mediable; como vimos, lo que es mediable es aquel tema que puede ser identificado y resuelto con los recursos que las partes tengan disponibles. Esta guía va a servir para diferenciar entre la cantidad de temas que se van a presentar en la conversación, aquellos que hay que dejar pasar sin siquiera mencionar de nuevo.

Por ejemplo, las diferencias de personalidad que hicieron fracasar al matrimonio no son mediables, pero conseguir una distribución equitativa de los bienes que las partes tienen es mediable. Decimos que si el mediador se mantiene firme, va a demostrar que es posible rescatar objetivos claros de la confusión emocional, y esto va a ser muy útil para las partes.

d) Generando opciones.

En esta etapa mediante la técnica de la "lluvia o tormenta de ideas", y el pensamiento lateral se estimula a las partes a generar opciones.

La técnica del torbellino o tormenta de ideas es la más conocida para esta tarea, misma que ya estudiamos en el Capítulo I al tratar el tema de la negociación. Frente a la lista de temas, listados por prioridad, se invita a las partes a trabajar en el tema más fácil o más difícil, a su elección, pensando en todas las ideas posibles. Se estimulan todas las ideas, sin crítica, y se las van anotando en el rotafolio. después de un tiempo, se observan aquellas que sean viables y se las ofrece de nuevo a las partes para su estudio.

Este proceso tiene que producir alternativas, desarrollar algunos intereses comunes (el bienestar de los hijos, por ejemplo), y se hizo claro cuales son los costos para cada una de las partes si no llegan a un acuerdo mediado.

En el transcurso de esta conversación, es posible que se generen situaciones difíciles: las partes vuelven a pelearse, se desconcentran de la tarea, o retienen información necesaria. Se puede producir un bloqueo a la comunicación, a resolverse mediante la reunión privada "*caucus*".

El mediador ha presentado la idea de la reunión privada "*caucus*" en su discurso de apertura. En esta reunión, que es confidencial entre la parte y el mediador, se pueden hacer algunas conductas que están impedidas en la reunión general, por ejemplo se puede expresar emociones tales como rabia u hostilidad, se puede aportar información que seria riesgosa proponer estando frente a frente, se pueden expresar temores privados, explorar sugerencias de arreglo o simplemente se puede verificar que el mediador realmente entiende un punto importante para la parte. También el abogado de la parte puede estar presente en esta reunión privada, pero consideramos que es preferible que se someta a esta reunión sin su presencia.

El mediador usará el "*caucus*" para obtener información, especialmente si percibe que hay información retenida por alguien, puede ofrecer ideas o propuestas, o promover la flexibilidad de la parte en entender opciones diferentes, o simplemente poner límites a las demandas exageradas de alguien.

Consideramos que el mediador debe ser muy cuidadoso al presentar la opción de la reunión privada, para mantener la imparcialidad y neutralidad. A este punto, es aconsejable que tome nota del tiempo de comienzo de la reunión privada; explique nuevamente la cláusula de confidencialidad; diga explícitamente para se hace el *caucus*, tome notas, reciba información, ideas y propuestas, y verifique qué es transmisible a la otra parte y cual no.

e) Acuerdo

En esta etapa, que más adelante detallaremos:

- ✦ Se analizan las opciones que son aceptables para ambas partes.
- ✦ Se escribe un acuerdo.
- ✦ Se firma el acuerdo.
- ✦ Si no existe acuerdo, finaliza la mediación.

Se considera que en este momento del proceso, algunas opciones para soluciones se han delimitado. El mediador estará en condiciones de verbalizarlas a las partes en reunión conjunta, ofreciéndolas para su aceptación. Habrá mas correcciones y regateos de último momento, pero ya las partes están discutiendo temas unificados en una propuesta hecha de modo claro, así todos los temas no relacionados se dejan de lado.

Por otro lado, el mediador deberá reiterarles a las partes los asuntos en los cuales han llegado a un arreglo, describe con precisión en que consiste ese arreglo, y se prepara para escribir el borrador del acuerdo. Este documento tiene que estar hecho en términos claros, inequívocos, y que describan con precisión lo que va a pasar: quien va a hacer qué, para cuando, y cómo. Sabemos, que esto toma algún tiempo, en consecuencia hay que disponer de ese tiempo, a efecto de tener un documento acordado por las dos partes, que puedan firmar antes de irse.

f) Rodaje y seguimiento del acuerdo

Por último y a efecto de concluir la mediación:

- ✦ Se explica cómo se evaluará el seguimiento del acuerdo.
- ✦ Se agradece a las partes el haber participado en el procedimiento de la mediación y se recuerda que pueden acudir a ella en cualquier divergencia.

Se sugiere la conveniencia, que el mediador felicite a las partes por el trabajo realizado, y los progresos hechos al llegar al acuerdo, y quizás invitará a las partes a que releen los términos del acuerdo logrado con sus abogados, si éstos no han estado presentes.

3.4.4 Técnicas y métodos de Entrevista y de Intervención.

Existen diversas técnicas y métodos de entrevista y de intervención que ayudan al mediador a encontrar una comunicación y un diálogo más eficiente entre las partes.

a) Técnicas

En la técnica básica de la mediación, el mediador facilita y coordina el intercambio de la información, y evita la interacción entre las partes todo el tiempo que sea necesario hasta lograr que el conflicto sea un motivo para la cooperación y la construcción colaborativa del futuro.³¹⁶

De lo anterior, entendemos que lo que impide a las partes construir su futuro en una forma de negociación, es debido a una estructura deficitaria en que cada uno defiende su postura y la dificultad de cambiarla es por motivos de miedo o de ira.

Por lo tanto, el mediador debe de instaurar una estructura efímera en la que interviene como vehículo de la información y la interacción.

En este aspecto señala Eduardo José Cárdenas que debe hacerlo:

“Como un plomero que, llamado de urgencia, corta el caño que está perdiendo el agua y une las dos partes de éste con una manguera provisora, para que el lavaporras y la pileta de la cocina puedan seguir funcionando. El mediador es esa manguera.”³¹⁷

³¹⁶ Cfr. CÁRDENAS, Eduardo José; *Ob. Cit.* p. 66.

³¹⁷ CÁRDENAS, Eduardo José; *Ob. Cit.* p. 66

Así, la interacción que perturbaba a las partes termina y entonces se comunican las partes a través del mediador. Esta técnica es utilizada todo el tiempo que sea necesario para que cambie la comunicación, el diálogo exista y el mediador llegue a ser innecesario.

La mediación familiar utiliza herramientas que pueden también ayudar en la tarea de formar "mediadores responsables, protagonistas críticos, creadores y transformadores de la sociedad". Entre estas herramientas, que en su oportunidad estudiamos, caben destacar:

- ✦ El escucha activa: como una manera de atender no sólo el lenguaje verbal sino el "no verbal", las percepciones, emociones de la otra parte.
- ✦ El preguntar como herramienta para descubrir los intereses y necesidades de las partes.
- ✦ El reconocimiento de las emociones como legítimas en los conflictos.
- ✦ El pensamiento lateral y la "lluvia de ideas" como modos creativos de generar opciones para resolver los conflictos.

b) Métodos o modelos de intervención

En este punto consideraremos dos líneas de pensamiento o "modelos" al respecto: el modelo tradicional lineal (Harvard)³¹⁸ y el modelo transformativo (Bush y Folger),³¹⁹ también utilizados en la negociación y que ya estudiamos:

✦ El modelo tradicional-lineal (Harvard)

- Entiende la comunicación en un sentido lineal.
- Cada uno expresa su contenido y el otro escucha o no.
- El mediador es un facilitador de la comunicación.
- Pone su acento en la comunicación verbal.

³¹⁸ BERIZONCE, Roberto O.; *Ob. Cit.* p.13

³¹⁹ *Idem.*

- Entiende que el conflicto tiene una causa que es el desacuerdo, en general no se considera los orígenes en múltiples causas.
- Trabaja sobre intereses, necesidades, etc., sin tener en cuenta el factor relacional. Es por ello que no intenta modificar las relaciones entre las partes.
- Como método propone la aireación del conflicto, permitiendo que salgan las emociones para luego avanzar.
- Para esta postura la mediación sería "exitosa" cuando se llega a un acuerdo.

✦ **El modelo Transformativo de Bush y Folger**

En primer término, se dice que la mediación basada en la resolución de los conflictos considera que ha sido exitosa cuando se llega a un acuerdo, mejorando la situación de las partes comparada con lo que era antes.

Sin embargo, en la mediación transformadora, y estando de acuerdo, se alcanza éxito cuando las partes como personas cambian para mejorar, gracias a lo que ha ocurrido en el proceso de mediación, entonces ésta mediación pone el acento en la revalorización y reconocimiento.

De acuerdo con Bush y Folger³²⁰ una parte resulta revalorizada en la mediación cuando:

- Alcanza una comprensión más clara, comparada con la situación anterior, de lo que le importa y por qué, al mismo tiempo que una comprensión en el sentido de que aquello que le importa, en efecto, es importante.
- Comprende más claramente cuáles son sus metas y sus intereses en la situación dada, por qué persigue esas metas y que ellas son importantes y merecen consideración.
- Cobra conciencia de la gama de alternativas que puede garantizarle total o parcialmente la obtención de sus metas, y de su control sobre esas alternativas.

³²⁰ *Idem.*

- Comprende que existen decisiones con respecto a lo que debe hacer en la situación y que ejerce cierto control sobre dichas decisiones.
- Alcanza que puede elegir si continuará en la mediación o la abandonará, si aceptará o rechazará el consejo jurídico o de cualquier otro carácter, si aceptará o rechazará una posible solución.
- Comprende que, al margen de las restricciones externas, siempre se le ofrecen algunas alternativas, y el control sobre las mismas es exclusivamente suyo.
- Acrecienta o aumenta sus propias habilidades en la resolución de conflictos.
- Aprende a escuchar, mejorar la comunicación, organizar y analizar cuestiones, presentar argumentos, utilizar técnicas como la lluvia de ideas y evaluar soluciones alternativas.
- Toma conciencia de los recursos que posee.
- Comprende más claramente que posee la capacidad de comunicarse o persuadir eficazmente, puede redistribuir sus recursos de modo que tengan más alcance, sus recursos son suficientes para promover una solución que antes no contempló, puede aumentar sus recursos explotando una fuente suplementaria de apoyo a lo que antes no había contemplado.
- Reflexiona, delibera y adopta decisiones acerca de lo que hará en las discusiones de la mediación, y a la posibilidad de acordar y el modo de hacerlo, o de los restantes pasos que dará.
- Evalúa plenamente las cualidades y las debilidades de sus propios argumentos y de la otra parte, las ventajas y desventajas de las posibles soluciones y alternativas que excluyen el arreglo y adopta decisiones a la luz de tales evaluaciones.

Como sabemos, el conflicto trae como consecuencia que las partes se sientan amenazadas, atacadas y agredidas por las actitudes y pretensiones de la otra parte, es por ello que las partes llegan al reconocimiento cuando eligen abrirse más, estar más atentas, empáticas y sensibles a la situación del otro.

Siguiendo a los propios autores que mencionamos, una parte otorga reconocimiento en mediación cuando:

- Comprende que tiene la capacidad de considerar y reconocer la situación de la otra parte.
- Puede "ponerse en el zapato del otro".
- Asume que no sólo posee la capacidad de comprender la situación del otro, sino que tiene el deseo real de hacerlo.
- Advierte que desea concentrar su atención en lo que el otro está experimentando y encontrar el modo de reconocer esa experiencia a través de su comportamiento en la sesión.
- Puede ver el comportamiento propio y de la otra parte bajo una luz diferente y más favorable que antes.
- Logra reinterpretar la conducta y el comportamiento anterior de las partes.
- Renuncia conscientemente a su propio punto de vista y trata de ver las cosas con la perspectiva de la otra parte.
- Admite francamente que cambió su interpretación del otro y/o decide comunicárselo.
- Admite ante el mediador, aunque sea privadamente cómo ve ahora distinto modo lo que sucedió y puede reconocerlos en presencia del mediador o directamente a la otra parte.
- Puede excusarse "por haber pensado lo peor".

3.4.5 El Acuerdo

Como hemos observado, la mediación concluye como resultado del acuerdo³²¹ que alcancen las partes sobre la totalidad o sobre alguna de sus diferencias.

Además, puede que sea útil primero redactar un proyecto preliminar o borrador del

³²¹ Nótese que la palabra "acuerdo" al utilizarse en su estricto sentido nos estaríamos refiriendo a la palabra "consentimiento", entre las partes, más no es considerada como convenio en sus dos sentidos o en alguno de ellos que posteriormente analizaremos.

convenio. Sin embargo, sabemos que en la mayor parte de los casos, se escribirán directamente el convenio definitivo (en su sentido amplio o "*lato sensu*").³²² Las preguntas son: quién, cuándo, dónde y cómo.

Las partes de común acuerdo o individualmente pueden dar por finalizada la mediación en el momento que consideren oportuno, también, el mediador podrá concluir la mediación, si considera improbable que sesiones adicionales ayuden a las partes a resolver sus diferencias, en este caso pueden existir acuerdos provisorios, los cuales pueden ser verbales, si las partes confían mutuamente y en el mediador.

Alcanzado un acuerdo por las partes, éstas y el mediador redactarán un documento que consigna los derechos y obligaciones que cada una de ellas asume dentro de esta solución consensuada.

Algunos autores consideran que si las partes lo desean, este documento será reducido a escritura pública, dependiendo la naturaleza de la problemática planteada, adoptando la forma de un contrato de transacción, el cual ya analizamos el Capítulo I, siendo éste, obligatorio en lo referente a todos los deberes y derechos que hayan sido acordados, con la posibilidad de solicitar su nulidad o rescisión por su incumplimiento, y ejecutarlo mediante la vía de apremio cuando la transacción es celebrada únicamente en un juicio,³²³ pero que con algunas reformas a nuestro Código de Procedimientos Civiles, mismas que proponemos en nuestro último capítulo, las transacciones aún las celebradas en un centro de mediación podrían ser ejecutadas mediante esta vía.

Amén de lo anterior, nosotros consideramos que no necesariamente el resultado de la mediación es un contrato de transacción, debido a la naturaleza jurídica de esta figura, ya que

³²² Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto; *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, México 1997; p. 156; señala que el convenio en su sentido amplio o "*lato sensu*" puede clasificarse en contrato y convenio en estricto sentido, llama al primero como el acuerdo de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones y al segundo como aquel acuerdo de dos o más voluntades para modificar o extinguir derechos y obligaciones.

³²³ Ver artículo 500 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

atendiendo a su definición la transacción sólo crea o transfiere derechos y obligaciones, en cambio el convenio las extingue o modifica, de tal modo que el resultado de la mediación no se limita a uno o dos de estos efectos, sino que pretende para resolver una conflictiva que se cumplan todos los efectos mencionamos.

En consecuencia, el convenio en su amplio sentido, para tener el carácter de obligatorio tiene que ser presentado ante un Juez de lo Familiar, será revisado desde el punto de vista jurídico-legal y obtener su aprobación. Claro que será en convenios sobre alimentos, visitas y convivencias, guardas y custodias, etc., y no sobre divorcios, sucesiones, entre otros, por su propia naturaleza, ya que éstos forzosamente se presentan ante un juzgador.

En su caso, al ser estos convenios realizados en un centro de mediación de carácter público éste podrá hacerlos cumplir a través de la facultad de aplicar medidas de apremio, que con nuestras propuestas que analizaremos en nuestros dos últimos capítulos, la ley le concedería.

Sin embargo, lo que pretendemos con esta investigación es que los convenios elaborados por todas las instituciones públicas puedan ser exigidos por las mismas, ya que sabemos que en algunos organismos no tienen éstas facultades, tema que abordaremos en nuestro Capítulo IV.

En esta tesitura, los abogados de las partes (si los hubiere) podrán participar en la redacción del convenio, se considera que esto es ideal, porque al hacerlo ellas mismas por escrito le dan más fuerza al compromiso asumido.

Pero cuando el convenio es presentado ante un Juez Familiar, consideramos que no es recomendable que las partes tengan sus propios abogados, pero sí podrán participar en la revisión; en este caso el inconveniente surge cuando los abogados no han participado en el principio del proceso de la mediación, por lo que se sugiere que antes de saber quiénes van a

ser esos abogados, y es cuando el mediador debe advertir a las partes que los abogados están al servicio de ellos y no al revés.

Consideramos que no hay impedimento, en que sea un abogado el que revise el acuerdo, que sea de confianza de todos y lo ponga al punto en cuanto las formalidades, y sí el mediador es abogado es recomendable que el mismo lo deba hacer.

El mediador y los abogados colaborarán, para que las cláusulas sean claras, la exposición circunstanciada y precisa, aparezca la equitativa proporción de concesiones realizadas y, si es necesario, la previsión sobre la revisión legal y la revisión por cambio de circunstancias.

El tratadista Eduardo José Cárdenas considera que:

“Es importante también que, al margen de las formalidades legales, las partes puedan poner, si lo desean el, el espíritu y las intenciones con que celebran el acuerdo, y todos los detalles que quieran agregar en su propio lenguaje o en un lenguaje sencillo que sea interpretado fácilmente por los miembros de la familia. El acuerdo de mediación no es un contrato cualquiera. Es un proyecto de vida diferente. ¡Un hermoso acuerdo de mediación no tiene porqué ser el mejor modelo de contrato que se enseñe en la Facultad de Derecho! Pero es el mejor para esa familia.”³²⁴

Es importante destacar, que por ser la mediación completamente voluntaria y consensual, cuando las partes ponen su firma en el acuerdo, hemos visto que el grado de cumplimiento de éste es mayor.

3.5 ASPECTO PSICOSOCIAL Y JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN

En el punto 3.2 estudiamos aquellos conflictos que se presentan dentro de la familia, sus orígenes y sus posibles formas de solución en los mismos.

³²⁴ CÁRDENAS, Eduardo José; *Ob. Cit.*; p. 129.

En este apartado, analizaremos los aspectos sociales y jurídicos de la mediación, es decir la aplicación de este proceso en la resolución de los conflictos familiares más frecuentes, la interacción del mediador dentro de este proceso, la relación de éste con las partes, así como los efectos de la mediación en las pugnas familiares.

3.5.1 La mediación ante las crisis matrimoniales y el concubinato. El Divorcio y sus efectos.

Consideramos que tratar de los aspectos psicosociales de la separación de la pareja o del divorcio de los cónyuges es delicado, debido a que están en juego las creencias y sentimientos de la persona que opina sobre estas cuestiones, por lo que en este aspecto el mediador deberá ser imparcial y no involucrar sus opiniones o creencias.

Con lo anterior, suponemos que el mediador ayudará a las parejas a tener un buen divorcio o a lograr una buena separación en el caso del concubinato, es decir que el acuerdo sea elaborado de la mejor manera sin tratar de perjudicar a nadie y velar por los derechos de ambos y de sus hijos si los hay. Pero también el buen mediador tratará en su caso, de buscar la forma de que la pareja se vuelva a unir si todavía ve esta posibilidad.

Lo anterior, porque sabemos que debido a que en las crisis matrimoniales y de la pareja, el mediador tiene que formularse dos preguntas antes de dar inicio al proceso de la mediación. Mismas que están referidas a la oportunidad de la intervención; en la primera, a veces se plantea como un problema ético:

*“Esta pareja ha venido a divorciarse, pero sus miembros tienen hijos, todavía viven juntos (o acaban de separarse) y yo les veo buenas posibilidades de que, terapia mediante (sic), continúen la vida en común. ¿Debo ayudarlos a divorciarse o más bien debo encaminarlos hacia una terapia de pareja o, eventualmente, trabajar yo mismo los problemas que tienen?”.*³²⁵

³²⁵ *Ibidem*; p. 61

Sin embargo en nuestra opinión, y de acuerdo también con el autor Eduardo José Cárdenas, la respuesta es que la pareja ha venido a divorciarse y en algunas ocasiones ellos saben porque, o bien alguno de ellos no lo desea tanto como el otro.

Se piensa que si la mediación progresa, ellos probablemente hayan tenido razón en separarse. Pero si el mediador cree que pueden tomar terapias de pareja, puede hacer dos cosas: compartir esta duda con la pareja o callarse y seguir con la mediación.

En la primera opción, el mediador tiene la ventaja de socializar su pensamiento y hacer que la relación progrese y la pareja sea más compartida. Pero como mencionamos, existe un inconveniente, en que uno de ellos este más entusiasmado con la idea de divorcio o separación (iniciador o iniciadora) que el otro. Por lo que si el mediador sugiere una etapa reflexiva antes de la separación, a los ojos del iniciador puede aparecer como aliado del otro, en este caso creemos que es probable que si se celebra la mediación ésta fracasaría.

En este caso, los estudiosos de la mediación consideran, que es mejor que el mediador reflexione en voz alta con la pareja el hecho de que cada persona tiene un enfoque diferente a cerca de cuándo es mejor seguir intentando la convivencia y cuándo es mejor separarse, por lo que todos se sentirán mejor y el mediador no se sentirá comprometido.

Además, el papel de la mediación es tratar de ayudar la pareja a dialogar en su separación, a equiparar sus diferencias, sus competencias y sus poderes, así como para negociar y acordar. Por tanto, si la pareja el día de mañana decide intentar reunirse, la mediación como entrenamiento les ayudará.

Es importante destacar en este punto, que nadie se separa por una mediación exitosa, porque muchas veces la pareja tenía probabilidades de unirse, pero por falta de técnica del mediador no se logró tal reconciliación, o lo que es peor una unión en cuanto a la convivencia aunque no vivan juntos las partes.

Empero, cuando la pareja no esta madura para separarse, es decir cuando ninguno de los dos está completamente decidido, o cuando el iniciador no está convencido de lo que desea o no explicó con claridad su decisión, puede suceder que la otra parte no recibió el mensaje con claridad o suficiente fuerza para comprender al otro, en este caso creemos que la mediación se estanca.

En el primer caso, puede ser que la terapia sea oportuna, pero el mediador, como mencionamos, no debe proponerla, para que no se vea aliado con el no iniciador y mucho menos llevará a cabo la terapia aunque esté capacitado para ello.

La segunda pregunta habitual es: *“Esta pareja tiene la decisión de separarse y yo estoy de acuerdo con esta opinión. Pero me parece que no están maduros todavía para una mediación.”*³²⁶

En esta tesitura, podemos hablar de tres etapas en la separación o divorcio: la pre-separación o pre-divorcio, la separación o divorcio propiamente dicho y la post-separación o post-divorcio. La primera etapa, es un procedimiento muy largo, en la que la pareja debate su destino; la segunda es cuando la separación se lleva a cabo (alguno se va del hogar u ocurre otra circunstancia) y la tercera se refiere a los planes sobre el futuro de separados o divorciados. Pensamos que en esta última etapa las emociones entre la pareja bajan de intensidad, ya se razona con elocuencia y se dice que es el momento ideal de la mediación.

Sin embargo, no podemos asegurar que este es el momento oportuno, ni que la mediación tenga éxito o fracase, por lo cual el mediador no puede decir que el proceso sea inútil e imponer que no se lleve a cabo, ya que la mediación debe ser intentada si es solicitada por los interesados y solo ellos pueden negarse a su celebración.

Así que consideramos que, para llegar a un buen acuerdo o arreglo, es importante que el mediador tome en cuenta las emociones de la pareja, y cuando esta esté en el clímax o este

³²⁶ *Ibidem*; p. 63

experimentando, la mediación puede ser eficaz, más si tiene un adecuado sentido de los tiempos y combine esto con la duración de los convenios. El caso se da por ejemplo, en la etapa previa, es decir cuando la pareja no esta convencida de separarse o de divorciarse y de forma provisional convienen en hacerlo por un tiempo (convenio provisional), y posteriormente continuarán con la mediación, o de lo contrario pueden convenir en unirse de nuevo, por un tiempo estimado y posteriormente tomar la decisión de divorciarse o separarse.

Encontramos que la mediación interviene en el divorcio o separación propiamente dicha, a efecto de programar provisionalmente los siguientes días o semanas con detenimiento, para calmar la ansiedad de la pareja y la de sus hijos si los hay, pero los acuerdos elaborados no serán largos, ya que la mediación puede fracasar.

Sin embargo, cuando la mediación se realiza en la etapa del divorcio o de la separación, el mediador debe dirigir el acuerdo hacia los efectos del divorcio o separación como son en cuanto el arreglo de los bienes, los alimentos, la guarda y custodia de los hijos, las visitas y convivencias.

En el caso del reparto de los bienes o patrimonio, trataremos únicamente el caso cuando las parejas han decidido divorciarse, específicamente cuando la pareja esta casada bajo el régimen de sociedad conyugal y existe un patrimonio propio, porque sabemos que en el concubinato es difícil que jurídicamente existan gananciales o bienes propios que repartir.

Para repartir los bienes es importante tomar en cuenta, la situación de los hijos y de los alimentos, debido a que si se acuerda la forma de repartir los bienes las partes se sentirán más seguras de su futuro. Por regla general el hombre sabe cuanto se le quita (“todo es mío”) y la mujer con cuánto cuenta ahora (“no tenía nada”). Se piensa que esta es una posición de tranquilidad (“no me quitó todo” y “me dejó algo), así podrán negociar sobre los alimentos.

Consideramos que el mediador debe tomar en cuenta el tipo de pareja que se le presenta, ya que si ésta es joven, poco le importará desprenderse de los bienes, más aún si fueron regalados,

los venderán y se los repartirán. Sin embargo, si es madura la pareja, será más difícil despojarse de los bienes.

En esta tesitura, creemos que el mediador debe tener en cuenta si es conveniente vender los bienes y repartir el dinero entre los dos, o bien si hay hijos, la mujer se queda con ellos y el hombre tiene más posibilidades económicas, o viceversa, será el primero que se quede con la mayor parte de ellos, por ejemplo la casa donde habitaban.

Otro punto a estudiar, es que el mediador debe hablarle al iniciador de los años por venir y al otro en el mañana, por lo que se considera que el acuerdo del uso bienes primero debe ser provisional y luego definitivo.

En este caso, creemos que el mediador tiene suma importancia al intervenir, ya que debe tomar en cuenta, el sexo, la posición emocional de las partes, la económica, si hay bienes que se ocultaron, cómo será la venta de ellos, quién la realizará, por cuánto tiempo, y si es necesario la intervención de otro abogado o de un juez.

3.5.2 Mediación en materia de Alimentos

En cualquiera que sea el caso, es decir en la separación (concubinos), en el divorcio o en la reconciliación entre la pareja, creemos que es importante establecer en el acuerdo la situación de una pensión alimenticia.

Consideramos que el mediador al tratar el tema de los alimentos, debe comenzar, no por evocarse al problema de los alimentos en sí, es decir, que la clave está en redefinir consensuadamente el problema de modo que inscriba en un panorama positivo y solucionable.

Tomando en cuenta la regulación jurídica de los alimentos, que ya estudiamos anteriormente, sabemos que es un derecho de recibirlos de los incapaces (menores de edad e interdictos), hijos mayores si están estudiando, así como del cónyuge que carece de medios

económicos para sobrevivir, y del concubino si se acuerda y si el concubinato está debidamente acreditado.

Aquí, es recomendable que el mediador tome en cuenta, la edad, sexo del acreedor y deudor alimentario, para que se establezca un porcentaje de pensión acorde a la legislación civil y encuadrado a la realidad, pero consideramos que nunca deberá proponer el porcentaje, porque alguna de las partes o ambos se sentirán agredidos. Además debe tomar en cuenta la posición en que se encuentra la pareja, es decir la disponibilidad para contribuir con la pensión alimenticia de uno y la aceptación de otro.

Esto último, porque hemos visto que, generalmente la mujer no desea recibir una pensión alimenticia (esta bien si ella trabaja), pero si tiene hijos, el mediador debe tomar en cuenta que este derecho es irrenunciable, y se lo debe hacer saber a ambas partes para que no se establezca un acuerdo violando los derechos de los hijos. Además esto va aunado, debido a que muchas veces la mujer no desea recibir pensión para sus hijos, ya que no desea que el padre de éstos tenga derecho a verlos, sin embargo por ser también un derecho irrenunciable, se debe mediar primero en la regulación de las visitas y convivencias, posteriormente en la pensión alimenticia, para no violar también este derecho propio de los menores y de su padre o madre según sea el caso.

Si retomamos las ventajas de la mediación, nos podemos dar cuenta, que muchas veces aunque se demande el incumplimiento de la pensión alimenticia, y el padre o madre no tiene un trabajo fijo, es decir que su actividad laboral, es por ejemplo de mecánico, taxista, comerciante, etc., por lo que es difícil que pueda comprobar sus ingresos, y en consecuencia que le sea fijado un descuento judicial.

En estas situaciones, la mediación es de suma importancia, ya que el mediador al tratar de que las partes acuerden en cuanto a los alimentos, puede llevar a la mano al deudor alimentario para que otorgue voluntariamente una pensión alimenticia más abastecedora, que la que se

podría obtener por medio de un juicio, además de que en este caso sería más rápido y eficaz el pago.

Lo anterior, significa de tratar de llegar a la redefinición consensuada, que es la clave de la que hablamos, es decir en la empatía, en la confianza y en la valoración entre la pareja y el mediador.

Para llegar a este resultado, sabemos que el mediador debe hacer saber a las partes (cuando decidieron separarse o divorciarse) que la vida futura será distinta, es decir que al haber dos casas que mantener (la de cada uno) los medios económicos disminuirán, por lo que los lujos que antes se tuvieron probablemente disminuirán también, pero que se velará por mejor crianza de los hijos y tomando en cuenta las características propias de los alimentos. En este caso, el mediador tratará de no hacer sentir a las partes que el dinero no alcanza porque uno es un gastalón o el otro un inútil, sino que tendrá que dar alternativas para disminuir los gastos.

Durante el transcurso de la mediación, sugerimos que debe establecerse una pensión provisional, acorde a la realidad y ambas partes, más el acreedor se sentirá aliviado y el otro libre de su obligación y sin el miedo de que se le demande judicialmente el pago por dicho concepto.

En este acuerdo provisional y en el definitivo, observamos que es importante que las partes sepan sus ingresos y que la pensión a pagar sea depositada en una cuenta bancaria o que existan recibos, por los motivos anteriores, es decir para que exista una seguridad para ambas partes. También se debe tomar en cuenta: cuándo se pagará, cómo se cubrirá, para quién será, cuánto durará esa pensión, por qué cantidad y si aumentará o disminuirá, según las circunstancias, todo lo anterior tomando en cuenta los Principios Generales del Derecho.

Otra de las cuestiones importantes, es establecer si los alimentos subsistirán para el hijo mayor y porque concepto serán, por ejemplo si serán para pagar su carrera universitaria u otras circunstancias.

Por último, podemos decir que es más importante que un acuerdo detallado, tomar en cuenta que la familia siga subsistiendo y que exista esa obligación entre sus miembros.

3.5.3 La Mediación sobre el ejercicio de la guarda y custodia, visitas y convivencias.

Es delicado determinar con quién van a vivir los hijos, cuándo los va a ver quien no los tenga y la situación propia de éstos; pero sabemos que este tipo de mediación, no es consecuencia únicamente de la separación de los padres, de un divorcio, u otra cuestión que involucre a tutores, curadores u otros familiares. Por ejemplo, uno puede separarse de hecho solamente y discutir la tenencia de los hijos, o bien, puede suceder que los progenitores no estén casados y sea necesario determinar esta cuestión, pero es lógico que si existe una reconciliación, los hijos permanecerán al lado de ambos padres, a menos que se trate de separación por enfermedad, que previamente estudiamos.

a) Guarda y Custodia

Al tratar de ventilar este tema, proponemos que el mediador encamine a la pareja a tomar mejor la decisión sobre dónde y con quién vivirán sus hijos, asimismo que tome en cuenta las condiciones de sexo, edad y lo que regula la propia ley.

Lo anterior, ya que sabemos que el párrafo segundo de la fracción V del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que en casos de divorcio, bajo peligro grave los menores de doce años permanecerán a lado de la madre; lo que significa que encontrándose en esta situación aunque se ventile sólo una separación, se tratará de acatar lo establecido por este precepto, ya que de lo contrario si se trata de elevar a carácter obligatorio el acuerdo no será aprobado por un juez familiar.

Aunado a esto, el mediador tiene que hacerle saber a las partes, que antes que nada tienen que ver por el bienestar del menor, y si a pesar de que la ley marca esta obligación, pero el menor de doce años no quiere permanecer a lado de la madre, el mediador tratará de investigar porquén de su decisión, ya que se puede encontrar en una situación de maltrato por parte de la madre, adicciones, etc., mismas que pongan en peligro al menor. Investigación que podrá realizar con ayuda de profesionales en la materia y previo aviso a las partes, de ahí la flexibilidad de la mediación y del hecho de convenir de forma diferente que en un proceso judicial.

Cabe aclarar, que con esto no es que se actúe en contra de la ley, sino que se estudia con más detenimiento la situación familiar, de lo que acontecería en un proceso judicial que por la carga de trabajo pueden ser años los que pasen antes de determinar sobre la tenencia de los hijos prevaleciendo el desgaste físico y emocional de los padres e hijos.

En la situación anterior, consideramos que la mediación deberá de ser suspendida y llegar a un acuerdo provisional, par salvaguardar los derechos del menor y no llevar a éste de forma forzosa con la madre o el padre según sea el caso, estableciéndose además que la guarda y custodia la ejerza quien se encuentre en mejores condiciones para hacerlo.

Otra circunstancia que se debemos tomar en cuenta, es que aunque el menor mayor de doce años decida con quien quiere irse a vivir (porque la ley lo permite en estos casos, específicamente la Convención de los Derechos del Niño), pero existen otros hijos más, los psicólogos opinan que no es conveniente que los hermanos estén separados, ya que afectaría su estabilidad emocional y por tanto serían dañados durante el proceso de adaptación.

Es por lo que no consideramos como algunos autores señalan, que la tenencia de los hijos la deciden no sólo los progenitores, sino también los menores, debiéndose estudiar las circunstancias que los orillen a tomar la decisión.

Por otro lado, cuando se trate de hijos menores de doce años con algún trastorno mental, mayores de doce años o interdictos en estas circunstancias, lo que debe tomar en cuenta el mediador es en el primer caso, con quien de los progenitores ha pasado más tiempo el incapaz, porque será este el que mejor convenga para cuidarlo, ya que por su característica de padecer alguna enfermedad necesitar de cuidados especiales que sólo quien mejor lo conoce se los puede brindar.

En el segundo caso, es decir cuando se trate de hijos mayores de doce años con algún trastorno mental, sucede lo mismo, ya que éstos no podrán decidir con quien de los padres quieren vivir debido a su incapacidad mental. En el último caso, es decir cuando se trata de interdictos, el mediador debe tomar en cuenta si el mayor de edad incapaz ya fue declarado interdicto en un juicio, en este caso el tutor será quien lo tenga bajo su cuidado, o el curador en su caso, y de ser así deberán ser removidos ambos cargos mediante el propio juicio de interdicción que se ventiló, para regular esta circunstancia judicialmente.

En casos de hijos mayores de edad creemos que no existe ningún problema, puesto que podrá decidir sin ningún problema con quien desea vivir, y es respetada su situación, cuando es maduro el hijo, es decir cuando no le afecta ni emocional ni psicológicamente la situación de separación o de divorcio de sus padres.

b) Visitas y Convivencias

La experiencia nos ha enseñado, que determinar sobre un régimen de visitas y convivencias, para el padre que no ejercerá la guarda y custodia de los hijos, no es nada fácil, es obvio que se determinará después de acordarse sobre la guarda y custodia, para que el progenitor que no va a tener bajo su cuidado a sus hijos, no le sea difícil aceptar cuando los verá, es decir que ya reflexionó previamente esta situación y la aceptó, si es que no deseaba que lo más conveniente es que estén sus hijos con la madre o el padre, según sea el caso.

En esta situación, el mediador debe tomar en cuenta nuevamente la edad y sexo, tanto de los progenitores como de los hijos, ya que al establecerse un régimen de convivencias no es viable, por ejemplo que si el menor tiene seis meses de edad y todavía es amamantado por la madre, el padre deseé verlo más de tres días a la semana, en horas que el bebé es alimentado y además fuera de la casa donde habitará el menor, por que afectaría su buen desarrollo. Pero tampoco es viable que el menor de más de doce años o mayor de edad vea a su progenitor por un corto tiempo, ya que también sería afectado.

En esta circunstancia, decimos que el acuerdo debe ser realista y acorde a las circunstancias, el tiempo de ambos progenitores y de los hijos, además de que los padres deben ser flexibles porque no siempre se pueden cumplir los convenios al pie de la letra, y pueden estar acuerdo de forma verbal por la confianza que se tienen.

Aquí también se pueden realizar convenios provisionales por las causas que señalamos en el punto anterior.

3.5.4 Relaciones entre la familia adoptante y la familia biológica

Previamente señalamos que en casos de adopción los problemas que se presentan pueden ser antes o después de ésta y el mediador intervendrá en ambos.

Señalamos, que el mediador puede intervenir al tratar de encaminar al progenitor a efecto de que voluntariamente otorgue su consentimiento para dar en adopción a su hijo cuando así se requiera y sea viable para el menor de edad. Por lo que debe de tomar en cuenta tanto la edad, sexo y posición económica del adoptante, así como las circunstancias que orillan a tomar esta decisión que previamente estudiamos.

Por lo general, el iniciador de la mediación es quien pretende adoptar al menor y el mediador podrá entablar comunicación con todos aquellos miembros de la familia que considere pertinentes o que sean los que solicitaron el servicio.

En las relaciones entre la familia adoptante y la biológica de las que ya comentamos con anterioridad, cuando nos enfocamos en el tema de la adopción, deben de ser tratadas por el mediador con suma delicadeza y auxiliándose de profesionistas en la materia como psicólogos o trabajadores sociales a efecto de no afectar la estabilidad emocional del menor o incapaz que se pretende adoptar.

Tal es el caso que se presenta, cuando los padres biológicos dejan sus hijos a cargo de familiares por un tiempo considerable y aunque el menor sepa quienes son sus padres biológicos suele suceder que no los reconozca como tales. Esto debido a que ha vivido más tiempo con sus familiares (tíos, abuelos, primos, etc.) que con sus progenitores, por lo que el mediador debe tratar de que las relaciones no sean tan ásperas entre la familia, más aún cuando los padres biológicos desean que su hijo o hijos regresen con ellos.

Hemos observado situaciones, en que hay padres que por ignorancia u otro motivo, dejan a sus hijos en otra ciudad o en la misma a cargo de sus tíos o abuelos por más de diez años, y posteriormente los reclaman vía judicial. Sabemos que jurídicamente es obligación de los familiares entregar al menor, pero los psicólogos opinan que el trauma emocional para el menor es muy grande, tomando en cuenta éste hecho el mediador al tratar de suavizar este problema, puede proponer que lo mejor es la adopción de los menores, o en su caso un convenio de guarda, custodia, visitas y convivencias acorde a la realidad, sin que los padres biológicos pierdan su derechos.

3.5.5 La mediación en el reconocimiento de los hijos.

Ya señalamos, cuando tratamos el conflicto existente en el tema de reconocimiento de paternidad, que el mediador puede intervenir tratando de orillar al presunto progenitor con ayuda del interesado y previa citación que se haga a éste, ya sea por sus propios medios o a través del propio iniciador; a que reconozca voluntariamente a su menor hijo, y en algunos casos para que el progenitor (regularmente la madre) permita que el otro lo reconozca sin necesidad de recurrir a un juicio de Reconocimiento de Paternidad.

En esta situación, el acuerdo que surja del proceso de la mediación, podrá ser encaminado en varias vertientes:

Primero, puede que se acuerde, si es que el progenitor no desea reconocer a su hijo, en que se hará una prueba genética del ADN, y de salir positiva el posible padre biológico tendrá que reconocer de forma voluntaria a su hijo o hijos, según sea el caso, comprometiéndose además a proporcionar una pensión alimenticia (que es por lo que generalmente se solicita la celebración de este proceso, ya sea por ignorancia de la madre en tratar de exigir al padre este pago y no saber que jurídicamente no tiene la obligación porque no lo reconoció).

Segundo, también se puede acordar que la pareja se divida el gasto de la prueba si es que no puede cubrirse, porque el iniciador carece de los medios económicos suficientes para sufragarla; o bien que el “citado” sea quien los cubra porque el otro carece de medios. También se puede convenir en que si es positiva la prueba el padre o madre reconozca al menor y proporcione el pago de alimentos.

Tercero, se puede convenir, que en el caso de que la prueba sea negativa: el iniciador no hará solicitud semejante posterior, por carecer de medios para probar la paternidad o maternidad.

Sabemos, que en este tipo de conflictos el trabajo del mediador será arduo, ya que no tiene la fuerza jurídica para lograr que el presunto progenitor reconozca al menor. Aquí es donde más sobresale el principio de buena fe de la mediación, tanto de la pareja como del mediador, ya que los tres deben tenerse suficiente confianza para dar cumplimiento al acuerdo que sea emitido; mismo que generalmente es provisional en lo que se efectúa la prueba del ADN, y será definitivo cuando se tenga el resultado de la prueba, y será propiamente sobre: alimentos, guarda, custodia, visitas y convivencias. Caso contrario será, cuando el iniciador ya presente la prueba genética practicada, que raras veces se presenta, donde el acuerdo será definitivo.

A pesar de que, en estos casos es difícil que la mediación sea exitosa, durante el proceso el mediador no debe decepcionarse, ya que esta decepción la transmitiría al iniciador, que regularmente es la madre, y será aún más difícil que la mediación fructifique; por lo que siempre deberá recordar el mediador la paciencia que lo debe caracterizar.

Amén de lo anterior, hemos visto que la mediación en este tipo de conflictos en ocasiones ha dado buenos resultados, ya que generalmente los presuntos padres biológicos al verse amenazados por un posible juicio (posibilidad que el mediador previamente le tendrá que hacer saber ante su negativa), y saben que son los padres biológicos, convienen sin necesidad de practicarse la prueba en reconocer a su hijos y a proporcionarle alimentos, en caso contrario, si no están convencidos pero la prueba es positiva llegan a este mismo resultado.

Por lo que observamos, que de ser así de exitosa la mediación, nos ahorraríamos tiempo, dinero y esfuerzo que se llevaría en un proceso jurisdiccional.

Por último, otra cuestión importante que nos hemos enfrentado es el problema que surge cuando un menor es fuera reconocido por una mujer que no su la verdadera madre y previo consentimiento de la madre biológica, el problema surge cuando la madre biológica posteriormente se arrepiente de haber permitido esta situación, en este conflicto el mediador intervendrá tratando que ninguna de las mujeres involucradas sean sujetas a un proceso jurisdiccional por los delitos que ambas cometieron, todo con el fin de salvaguardar los intereses del menor. Tema que consideramos sería estudio de una tesis posterior.

3.5.6 La mediación en las relaciones entre hermanos (herencias)

Ya dijimos que generalmente, en cuestiones de herencias, la persona acude ante el mediador, porque el *de cuius* no dejó testamento alguno en el que se decida sobre los bienes.

En esta circunstancia, el mediador previa entrevista que tenga con el iniciador y hacerle saber las circunstancias en las que se encuentra (asesorarlo cuando es abogado que creemos

que es el mejor mediador), deberá citar a todos aquellos posibles herederos para tratar de llegar a un mejor acuerdo en cómo quedarán los bienes repartidos.

Aquí surgirán varias cuestiones: qué bienes hay, cuánto valen, cuántos son los posibles herederos, quiénes tienen menos medios económicos, quién quedó desprotegido con la muerte, si existen o no menores o incapaces en juego, entre otras.

Todo lo anterior ayudará a concientizar a los familiares, en que lo mejor es que los bienes queden a cargo de los más desprotegidos, así que también se establecerá la situación de quien cuidará de los menores (si es que quedaron desamparados por el finado), dónde vivirán, y quién será el posible tutor en el juicio.

Asimismo, se decidirá quién será el albacea en el juicio, por lo que el mediador debe de ser audaz y tratar de hacer ver a los involucrados que deben dejar a tras los intereses económicos, ya que hemos visto que la mayoría de las veces el iniciador es el que pretende quedarse con todos los bienes de la masa hereditaria.

Consideramos que el mediador también puede intervenir en un juicio sucesorio ya iniciado, e intervenir con los familiares para que cedan sus derechos hereditarios a quien menos tienen o quedaron desprotegidos con la muerte del titular de la herencia, ya sea porque no lo tomó en cuenta involuntariamente en el testamento, porque fue hijo fuera del matrimonio como suele suceder, entre otras causas.

3.5.7 Mediación en casos de Violencia Familiar

Por último, analizaremos de forma breve la mediación en casos de violencia, en este aspecto de acuerdo con Eduardo José Cárdenas,³²⁷ cuando ésta ha cesado la situación es mediable de lo contrario se tendrá que trabajar en ese punto. En este caso puede haber un acuerdo provisional, estableciéndose la separación para cesar la violencia.

³²⁷ Cfr. CÁRDENAS, Eduardo José; *Ob. Cit.* p. 212.

Caso contrario, ocurre en los casos de violencia crónicas, por ejemplo aquellas situaciones cíclicas, es decir cuando la mujer a quien golpea el marido, no sea la primera vez que acude a la mediación para que le dejen de pegar. Por lo que, el mediador debe intentar primero someterla a una valoración psicológica antes de enfrentarse con el agresor, para que la mediación sea exitosa y el acuerdo sea viable, que puede consistir en someter a ambos a terapias, en que exista una reconciliación, o bien optar por una separación o divorcio.

El mediador debe tomar en cuenta que los casos de violencia son muy delicados, por lo que nosotros creemos que si la violencia es extrema no es conveniente que la mujer se enfrente al agresor por un tiempo razonable, y que más que tratar de mediar la situación enfocada a llegar a un acuerdo, como ya estudiamos al tratar la mediación en el divorcio, lo más conveniente es que la pareja se separe o se divorcie para cesar la violencia, sin necesidad de citar al agresor, ya que la mediación terminaría cuando la mujer o víctima está lista para enfrentarse a un juicio.

En este aspecto Eduardo José Cárdenas³²⁸ opina que la mujer acude a denunciar, no porque le pegan sino porque tiene miedo a que la dejen; no porque le guste esta situación, sino porque con el golpe es reconocida, tal vez hasta la relación ya haya terminado, y lo que desea es recuperar a su pareja.

De lo anterior, se desprenden dos cuestiones en cuanto a los que se pretende con la intervención: un cambio en la estructura familiar o que ésta parezca intacta, aunque con la mediación se pretenda controlar la violencia.

Sin embargo, debemos inclinarnos por la primera postura, ya que es difícil que el agresor deje de agredir y la mujer deje de querer ser agredida, por lo que se debe intentar que la mujer no se deje pegar y busque otra forma de ser reconocida. Además de que cese la violencia y los hijos ya no sean observadores y/o controladores de la misma. En consecuencia consideramos,

³²⁸ *Idem.*

que el mediador deba de intentar modificar la relación entre la víctima y el victimario, que disminuya o rompa esa dependencia sin necesidad de estar separados.

En la segunda alternativa, no hay mejora más aún si la violencia es extrema, ya que al tratar de integrar a la familia, como señalamos, es casi un caso imposible, puesto que la violencia seguiría presente debido a que es difícil que al agresor se controle y cese totalmente la violencia, y que en la mujer cese la dependencia.

Creemos que esto es lo que se debe de intentar en la mediación, pero antes que nada el mediador debe saber que es lo que pide la víctima, es decir que cese la violencia o separarse de su pareja, y como mencionamos debe ser ayudada mediante cesiones psicológicas practicadas por un profesional en la materia, debe sentirse bienvenida y existir una gran comunicación con el mediador mediante las técnicas que mencionamos, o con la llamada "*margarita*", la cual es una técnica que significa que el mediador no inicie por el tema de la violencia propiamente dicha, sino debe dejar que la víctima hable de lo que quiere, para que posteriormente llegue al tema de interés.

Con el fin de concluir este capítulo, podemos señalar que la mediación puede aplicarse en casi todos, sino que en todos los conflictos familiares que se susciten, ya sea para evitar un conflicto mayor o para solucionarlo.

Sin embargo, somos conscientes de que la mediación familiar no es el proceso que todo lo solucione, ya que como observamos, parte del éxito radica en la aptitud (y en la actitud) del mediador en cuestión, y en la predisposición de las partes que voluntariamente se someten a ella.

Además, porque no existe todavía una cultura de la mediación y quizás tarde todavía bastantes años en surgir, que es lo que pretendemos con la presente tesis, ya que la mayoría de las veces las partes prefieren someterse a un juicio para resolver su problemática, sin antes

analizar o ver las posibles consecuencias de esta decisión y mucho menos pensar por la mediación.

Con relación a lo manifestado anteriormente, es prudente que agregar, que cuando la mediación es practicada por un centro privado, el acuerdo no suele ser reconocido como obligatorio; y cuando es así las partes no lo cumplen y aunque la mediación sea exitosa no se perfecciona por este motivo, ya que tendría que presentarse ante un juez de lo familiar para su aprobación y su ejecución coactiva. Caso contrario sucedería cuando la mediación se ventile ante una institución pública, en donde con nuestras propuestas se podría obligar a las partes a cumplir con lo pactado, lo cual analizaremos con mejor detenimiento en nuestro Capítulo V, cuando nos enfoquemos a nuestras propuestas a la problemática jurídica que nos enfrentamos ante esta nueva figura.

CAPÍTULO IV

LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN MÉXICO Y FIGURAS AFINES

Antes de dar inicio al presente capítulo es conveniente mencionar que en el caso de México, el desarrollo de los Medios Alternos de Solución de Controversias (MASC), así llamados en nuestro país, es relativamente reciente.

Aunque sabemos, que los procedimientos relativos existen desde hace mucho tiempo (arbitraje, conciliación y mediación); muchos de ellos se encontraban prácticamente en desuso, o su utilización poco había trascendido al establecimiento de una teoría y práctica jurisprudencial.

La mediación en nuestro país prácticamente no se daba hasta hace relativamente pocos años, hasta su implementación en materia comercial e internacional.

Cabe señalar, que no existe en nuestro país una regulación jurídica completa que permita que los jueces le den un trato especial, pues al convenio (al que el mediador puede inducir a las partes para la resolución de la controversia mejor llamado acuerdo), no le da la legislación un trato especial que permita su ejecución o cumplimiento forzoso por parte del juez de una manera rápida, puesto que, en esencia, no lo distingue de cualquier contrato o convenio celebrado entre particulares, de tal forma que, si no se produce el cumplimiento voluntario, la parte interesada tendrá que acudir, para el efecto, a juicios ordinarios que, en la práctica, resultan ser formalistas y con frecuencia más prolongados de lo deseable.

Sin embargo, en 1996 Quintana Roo, el Doctor José Luis Soberanes Fernández, en aquel entonces Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y el Magistrado Joaquín González Castro se dieron a la tarea de elaborar un proyecto de Reformas a la Constitución del este Estado.

El Estado de Quintana Roo, es el primero de la República que tiene en su capítulo de Garantías Individuales, el derecho de todo habitante del Estado, para poder acudir a los medios alternativos de solución de controversias; en la parte orgánica de la Constitución está la obligación del Estado a través del Poder Judicial, de brindar esos mecanismos de mediación y de conciliación.

El proyecto de Quintana Roo, en Materia de Mediación; tiene base constitucional y mediante el se creó una Ley de Justicia Alternativa que opera con limitaciones presupuestales, misma que sabemos que regula la mediación en materia laboral, mercantil, familiar, financiera, bursátil, educativa, etc.

Sin embargo, no conocemos ninguna ley en nuestro país que regule la mediación en materia familiar, además que en algunas partes de nuestro país aún no existen normas jurídicas que permitan a los jueces derivar a la conciliación asuntos sometidos a su consideración, es cierto que la transacción judicial permite que los convenios a los que lleguen las partes para resolver la controversia, aprobados por el juez, tengan la fuerza de cosa juzgada, es decir, se equiparan a sentencias ejecutorias, caso en que el cumplimiento forzoso se facilita. Pero, en la práctica, no es frecuente que la transacción parta de un procedimiento de mediación, tal y como estudiaremos.

No obstante que puede considerarse demasiado limitada la intervención judicial como medio de garantizar la eficacia de los procedimientos de mediación, como es sabido, uno de los aspectos que determinan el éxito de esta figura consiste precisamente el alto grado de cumplimiento voluntario, por lo que en tiempos muy recientes algunos despachos de abogados de las más importantes ciudades del país, como las de México y Monterrey, han comenzado a impulsar la mediación. Esto ha dado origen a ideas en el sentido de la necesidad de establecer procedimientos específicos para una mayor eficacia de la función judicial en esta materia.

Tal es el caso, que el Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado de México contempla en sus artículos 2.307 y 2.308 lo relativo al procedimiento a los Medios

Alternativos, estableciendo un Título Sexto denominado Procedimientos Especiales del Libro Segundo de la Función Jurisdiccional, un Capítulo Cuarto llamado “De la Conciliación y Medición”, sin embargo únicamente contempla que las controversias jurídicas entre los particulares, podrán resolverse a través de la conciliación o de la mediación, como medios alternativos a la vía jurisdiccional. Pudiendo los tribunales, en su caso, remitir a los particulares al centro de mediación y conciliación, previo su consentimiento.

Sin embargo, los plazos y procedimientos se establecerán en sus reglamentos, pero en ellos si bien es cierto encontramos su ejecución mediante la vía de apremio, la misma no se encuentra regulada dentro del propio código para que sean cumplimentados los acuerdos derivados de la mediación.

Por otro lado, en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nuevo León, encontramos la figura de la mediación, la cual se encuentra simplemente mencionada en el artículo 958, como uno de los métodos alternos de solución de controversias y a su ejecución en el artículo 461 de dicho Código.

No se encuentra, pues, tan avanzada en México la mediación como en algunos otros países, debido a que no existe una institución de carácter público o privado que se dedique únicamente a mediar dichos conflictos, sabemos que existen centros e instituciones que se dedican a aplicar esta figura, ya sea porque están creados para este fin o que de *facto* lo realizan, como analizaremos en nuestro último apartado.

Situación que nos hace afirmar que el tema de la mediación en nuestro país es reciente, por tanto la cultura de resolución alternativa de conflictos es limitada y escasamente estudiada por los doctrinarios del Derecho.

No omitiremos mencionar que ha habido intentos de acercar a la familia a resolver su conflictiva por medio de la mediación, claro esta que recientemente, para ser exactos a partir del dos de septiembre del año en curso, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal a través del Consejo de la Judicatura, con la finalidad de abrir acceso a la justicia para la

ciudadanía inauguró su Centro de Justicia Alternativa e inició la impartición del servicio de Mediación Familiar, creando a la vez Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa, publicadas en el Boletín Judicial con la misma fecha.

Empero, dicho Centro no se especializará en Mediación Familiar, empezará con esta materia, suponemos que es un intento para comprobar la eficacia de la mediación, además las reglas administrativas e internas que fueron creadas, creemos que no serán suficientes para cubrir nuestro objetivo principal, ya que tienen ciertas deficiencias y lagunas jurídicas, como estudiaremos.

A continuación daremos inicio al estudio de la regulación y aplicación de *iure* o *de facto* de la mediación familiar en nuestro país, ya que la intención de este capítulo es señalar las normas que permiten que la mediación familiar exista, y la de señalar todos los ordenamientos legales en donde pudiera estar regulada dicha institución.

4.1 Poder Judicial de la Federación y Poder Judicial del Distrito Federal

Como sabemos, en nuestro país la materia civil se encuentra reservada a los Estados y sólo por excepción es de la competencia federal, cuando se afecta a alguna materia de esta naturaleza o a la Federación misma en su carácter de persona moral sujeta a normas de Derecho Privado.

No obstante, en materia judicial existe una facultad concurrente que permite que la competencia para conocer de las controversias relativas pueda recaer en juzgados o tribunales federales o locales a elección del actor, siempre y cuando el conflicto de que se trate únicamente afecte intereses particulares.

Con base en lo anterior, tanto el Poder Judicial de la Federación como los poderes judiciales locales (del Distrito Federal y de cada uno de los Estados), pueden intervenir para garantizar la eficacia de los procesos alternos.

Lo anterior significa, que la garantía inmediata ordinaria que los jueces otorgan a los medios alternos puede darse tanto en el ámbito local como en el federal; sin embargo en México, por razones prácticas, es mayor la intervención de los jueces locales.

En el caso del Poder Judicial de la Federación, sus órganos pueden intervenir o entrar en relación con los medios alternos de solución de controversias de dos maneras:

De una forma directa en tanto que ante ellos pueden tramitarse los procedimientos de nulidad, de reconocimiento o de ejecución de laudos arbitrales, o aquellos mediante los cuales se hacen efectivos los convenios a que las partes lleguen mediante los procedimientos llamados MASC distintos al arbitraje, y como jueces de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad, mediante los cuales las instituciones oficiales dirimen controversias o garantizan la legalidad de su resolución.

Para entender adecuadamente este segundo aspecto, es conveniente precisar que algunos de los órganos del Poder Judicial de la Federación realizan una función ordinaria en materia federal, en tanto que llevan juicios o procesos civiles, pero en los supuestos en que las controversias relativas suponen la aplicación de normas federales. Es decir, realizan una función similar a la de los jueces locales, pero en el ámbito federal. En este aspecto, son, como ya señalamos, garantes directos de los medios alternos de solución de controversias.

En materia local y federal, notamos que la mediación no se encuentra regulada por una Ley de la materia, solo a nivel Local por unas Reglas de carácter público pero “operativo”, es decir administrativo. Por lo que consideramos necesario abordarla, antes que nada, desde el punto de vista de su existencia como método alternativo de solución de controversias. En consecuencia, tenemos que nuestra Ley Adjetiva Local y Federal habla únicamente de la etapa previa de conciliación, del juicio de arbitraje y contrato de transacción, mismos que brevemente estudiaremos.

4.1.1 Previa Conciliación

Ya observamos en nuestro Capítulo I, que la conciliación ha pretendido realizarse, fundamentalmente, mediante la intervención de órganos del Estado, como un sistema, incluso obligatorio previo al inicio del procedimiento jurisdiccional.

Por otra parte, se ha pretendido introducir, en algunos procedimientos judiciales, la conciliación obligatoria previa, tal es el caso del artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal aplicable en el juicio ordinario civil y el 943 del Código en cometo en Controversias del Orden Familiar.

Sin embargo nosotros opinamos, que el manejo por parte de órganos del Estado de procedimientos conciliatorios, no ha producido los resultados esperados, porque los conciliadores no han recibido la instrucción y capacitación adecuadas, por lo que su intervención normalmente es ineficaz y no evita que el conflicto se lleve a juicio con los inconvenientes prácticos que ello supone.

Por lo que nos permite puntualizar con certeza, que en este sentido, la mediación no se encuentra regulada, además por las notables diferencias que con la figura de la conciliación y que previamente analizamos.

Independientemente de lo anterior, La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que el establecimiento de la conciliación obligatoria ante órganos de la administración pública, como un requisito previo indispensable a un proceso judicial, resulta inconstitucional, por contrariar lo dispuesto por el artículo 17 de la Constitución que, entre otras cosas, establece:

"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."

El citado criterio de la Suprema Corte parte de la consideración de que las leyes no deben impedir a los interesados acudir cuando lo estimen pertinente a la jurisdicción estatal, mediante el establecimiento de procedimientos previos ante órganos distintos de los jurisdiccionales.

Es pertinente aclarar, que no debemos interpretar la mencionada resolución de la Suprema Corte en el sentido de que considera anticonstitucionales a los medios alternos de solución de controversias, entre ellos la mediación familiar; lo que se pretende es que no deben exigirse requisitos de procedibilidad de una acción judicial que supongan la necesidad de acudir ante autoridades administrativas con el fin de someterse a un procedimiento conciliatorio en contra de o sin la voluntad de los interesados.

Como puede observarse, la Corte simplemente considera que los MASC, como lo es la conciliación, deben depender exclusivamente de la voluntad de los involucrados en el conflicto, sin que el Estado pueda imponerlos, por lo tanto para efectos de este estudio, creemos que aunque en los artículos se maneja la palabra conciliar, nada impediría que se lleve a cabo la mediación, ya que como demostramos anteriormente desde nuestro punto de vista, la mediación y la conciliación son figuras similares.

4.1.2 Juicio Arbitral

El arbitraje es probablemente el medio alternativo que más se ha desarrollado en nuestro país, aunque puede estimarse que no de manera suficiente.

En materia civil el desarrollo del arbitraje no ha sido considerable, en tanto que en muchas de las entidades federativas no se han modificado sus códigos de procedimientos civiles, de manera que la legislación, sobre el particular, resulta anticuada y hace difícil que esta figura resulte totalmente eficaz.

En esta tesitura, el Título Octavo, específicamente los artículos 609 al 636 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal regulan el Juicio Arbitral, mismo que sabemos que en la práctica no es llevado a cabo, especialmente en materia familiar, a pesar de ser un medio alternativo de resolución de controversias.

Ya que el desenvolvimiento del arbitraje, como la mediación actual, es mayor en la materia de comercio, pues por una parte, al tratarse de una materia federal, ésta se encuentra regulada por un sólo código que es el de Comercio, y, por otra, porque desde el año de 1989 nuestro país incorporó a dicho código la ley modelo antes mencionada.

A pesar de que el marco legal y la situación de la economía mexicana permiten que el arbitraje se nos presente como un adecuado y eficaz medio alternativo, en la inteligencia de que las normas jurídicas regulan la intervención de los jueces en apoyo de los tribunales arbitrales se nos presentan como suficientes y adecuadas; sabemos que el apoyo judicial se encuentra previsto tanto durante el procedimiento arbitral como en el reconocimiento y ejecución del laudo definitivo.

No obstante lo anterior, ya se ha señalado que la relativamente corta experiencia de los poderes judiciales mexicanos en la materia de arbitraje en el ámbito familiar y específicamente en los modernos criterios que lo orientan, no ha permitido todavía el desarrollo de una jurisprudencia suficientemente amplia cuya aplicación resuelva la mayor parte de los problemas que plantea no sólo el arbitraje en general, sino también la adecuada intervención judicial en su auxilio, y en consecuencia en materia de la mediación familiar.

Siendo las dos figuras afines, y en general, protegiendo los mismos derechos, podríamos decir que aquellos artículos que hablen de la imposibilidad para comprometer en árbitros,³²⁹ también pueden ser aplicables a los casos de mediación, sin embargo sabemos que en realidad

³²⁹ Ver artículo 615 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que señala los supuestos en los que no se puede comprometer en árbitros entre ellos el derecho a recibir alimentos, que sabemos que no se refiere al cómo se va a pactar su pago, sino la imposibilidad de renunciar a ellos.

los casos en que se puede mediar son más que aquellos en que se puede arbitrar, con base en la similitud, naturaleza y aplicación de dichos Métodos Alternos de Solución de Controversias.

Además, tenemos que reconocer que existen algunas otras disposiciones que no están previstas dentro de los impedimentos para mediar.

La razón por la cual no están previstas, desde nuestro punto de vista, radica en el hecho que el arbitraje en general es una institución mucho más conocida y recurrida en México, por lo tanto, no se ha tenido el tiempo o la necesidad de legislar más en materia de mediación, menos aún si consideramos que el arbitraje en materia civil es casi nula su aplicación, por lo tanto podemos decir que en materia de la mediación familiar, ya que es lógico que es mínima su regulación.

4.1.3 Contrato de Transacción

Ahora bien, como hemos mencionado, el resultado de lo que las partes negociaron durante la mediación familiar, algunas veces es capturado en un instrumento llamado contrato de transacción como comentamos en nuestro Capítulo III, regulado en el Código Adjetivo Civil para el Distrito Federal.

Decimos algunas veces, porque como analizamos en su oportunidad el contrato de transacción sólo crea y transfiere, derechos y obligaciones entre las partes que decidieron acordar en hacerse recíprocas concesiones, y el convenio en su estricto sentido, por el contrario, modifica y extingue estos derechos obligaciones, de tal modo que al ser la mediación familiar una forma de solución a disputas familiares, regularmente requiere de estos cuatro efectos, en su caso algunos de ellos, porque consideramos que el resultado de la mediación sobrepasa a un contrato de transacción.

También decimos que algunas veces el resultado de la mediación es un contrato de transacción, ya que en materia familiar no siempre se puede transigir, cuando nos encontramos

dentro de los supuestos señalados por el artículo 2946, 2947 y 2948 del Código Civil, que previamente estudiamos en nuestro Capítulo I, por lo que en este apartado estudiaremos la posibilidad de llegar a este contrato mediante la mediación, siempre y no se trate de estos supuestos que la Ley señala como de importancia pública, como por ejemplo los ascendientes que pretenden transigir a nombre de las personas que tienen bajo su potestad o bajo su guarda, pueden hacerlo, siempre y cuando sea necesario o útil previa autorización judicial, por lo que tratándose de este supuesto el contrato de transacción y en general de la mediación tendría que ser aprobado y valorado por un Juez Familiar, que es lo que pretendemos sea debidamente regulado y llegar a la conclusión que este proceso va más allá de los demás ya regulados.

Aclarando lo anterior, como ya estudiamos en nuestro Capítulo I, de acuerdo con los artículos 2944 y 2945 del Código Civil para el Distrito Federal, podemos decir que el contrato de transacción, es un contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura; además, el mismo ordenamiento establece que dichos contratos deberán consistir siempre por escrito si el interés pasa de doscientos pesos.

Con dicha transacción, las partes se obligan por medio de un contrato, a respetar lo pactado durante el proceso de mediación familiar (cuando el proceso termina con este contrato.) Sin embargo, sabemos que en caso de incumplimiento por algunas de las partes podrá atacarse la nulidad o rescisión de dicho contrato, y en su caso ser ejecutados mediante la vía de apremio cuando son celebrados durante un juicio; según lo señalado por el artículo 500.

Como consecuencia, tenemos que en materia local efectivamente se encuentra prevista la figura de la mediación familiar, porque también encontramos lo relativo al contrato de transacción, y dada su definición, sabemos que dicho contrato algunas veces es el instrumento adecuado para estipular lo pactado durante el proceso de mediación.

Sin embargo, lo más importante es destacar que no encontramos regulación acerca de la mediación, por lo que tenemos que decir que desde nuestro punto de vista, es necesario que se regule dicha institución.

Contrario a lo que se pudiera pensar, en materia federal tenemos distintos razonamientos en cuanto a la mediación se refiere. Antes que nada, notamos que no existe ningún artículo que mencione o haga referencia a la figura de la mediación dentro del Código Federal de Procedimientos Civiles.

No obstante lo anterior, es importante destacar que el hecho de que no se mencione la mediación expresamente, en nada perjudica el hecho de que se pueda mediar sobre casi cualquier tema que trate materia federal, ya que existen otro tipo de disposiciones que nos ayudan a entender dicha posibilidad.

Por su parte, el Código Civil Federal, nos provee con disposiciones relacionadas al contrato de transacción y a la ejecución de sentencias. En lo concerniente al contrato de transacción, tenemos que el artículo 2944 de éste código señala lo que se debe entender por transacción, definición que es idéntica a la establecida por el Código Civil para el Distrito Federal, la cual mencionamos anteriormente.

En materia de ejecución de sentencias, tenemos que el párrafo segundo del artículo 405 del Código Federal de Procedimientos Civiles, establece que “ *Se equiparán a las sentencias, las transacciones o convenios judiciales o extrajudiciales ratificados judicialmente.*”

Entonces, podemos decir que en materia federal, todas las disposiciones relativas a la ejecución de sentencias, serán aplicables en materia de mediación, conforme al artículo 405.

Así señalamos, que aunque no se encuentra estipulada expresamente la figura de la mediación, en nada perjudica el hecho de que esta pueda ser llevada a cabo, debido a que la

transacción si se encuentra regulada, y el Capítulo del Juicio Ejecutivo prevé la posibilidad de que dicha reglamentación sea utilizada para los contratos de transacción cuando ésta es celebrada durante un proceso.

Sabemos, que algunas veces los contratos de transacción no se cumplen; en algunas ocasiones, las partes antes de iniciar la mediación, se preguntan si el contrato de transacción con el que concluye dicho proceso podrá ser impuesto, es decir, a las partes les interesa saber acerca del grado de coercibilidad del contrato y como puede ésta ser ejercida.

Sin embargo, algunos autores consideran que la coercibilidad que puede ejercerse en cuanto al contrato no es importante, ya que desde su punto de vista, la coercibilidad no es el objetivo de la mediación; particularmente en mediaciones en las que se involucran familiares, miembros de la misma comunidad o grupos religiosos, lo importante es que realmente se solucionen los problemas internos o de fondo.

En caso de que una de las partes no quiera cumplir con el contrato, la solución no sería obligarlo a cumplir con lo pactado, sino que proponen que esa misma controversia sea resuelta nuevamente a través de la mediación, intentando de esa manera solucionar los problemas internos que les impiden llegar a un arreglo.

Por lo que se piensa que él enfocarse en la coercibilidad legal durante la mediación, puede echar a perder el proceso de confianza y reconciliación, llegando a forzar a las partes a buscar consejos legales, anulando el deseo que se tiene de evitar los procesos jurisdiccionales.

Normalmente, quienes siguen dicha doctrina, son personas que acuden a la mediación para solucionar problemas que puedan presentarse en su casa o con su comunidad religiosa, con vecinos, etc.

En los casos en que la mediación se ventile sobre una controversia en el área comercial o laboral, la verdadera intención de las partes es que el contrato de transacción sea respetado y las partes cumplan con lo que se están obligando.

Sin embargo, no podemos generalizar, ni decir que en la mediación familiar, las partes y el mediador tienen la intención de que el contrato sea coercitivamente aplicado, y en caso de que éste no se aplique, que crean que la solución sea llevar el nuevo problema a otro nuevo proceso de mediación. Pero, es importante mencionar, desde nuestro punto de vista, que esto es un completo absurdo (sin menospreciar la labor de reconstrucción psicológica que utilizan los mediadores en su lucha por ayudar a las partes a encontrar la solución), ya que si en verdad así fuese, la mediación no tendría ningún otro uso más que el de quitar el dinero, tiempo y esfuerzo de las partes, para concluir algo que no puede ser aplicado.

Por lo tanto, si nos colocáramos en ese supuesto, diríamos que en cuanto a efectividad, el contrato de transacción y una nada, serían dos nada. De hecho, en la mayoría de los centros e instituciones de mediación, se guardan los contratos en archivos, y si las partes llegasen a tener un problema en cuanto a la ejecución del mismo, los centros ofrecen su ayuda; sin embargo, si la ayuda del centro no es suficiente, las partes tendrán que pedirle al juez que los ayude a ejecutar el acuerdo.

La posibilidad de ejecución de los contratos de transacción se encuentra regulada en los Códigos procedimentales de cada país. Sin embargo, existen ciertas reglas comunes o generales en las cuales las legislaciones se basan para determinar dichos supuestos. Al respecto, el maestro Rojina Villegas establece:

*"1. Que el acto tenga un fin, motivo, objeto y condición lícitos, 2. Que la voluntad se exteriorice de acuerdo con las formas legales, 3. Que la voluntad se exprese sin vicio alguno (error, dolo, violencia, o lesión) y 4. Que la voluntad se otorgue por persona capaz."*³³⁰

³³⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael; "Derecho Civil Mexicano"; 22ª Edición; tomo I; México 1999; Porrúa; p. 353

Por lo tanto, tenemos que si el contrato de transacción reúne los requisitos mencionados previamente, será válido, y no deberá presentar problema alguno para su ejecución, si fueron hechos conforme a las leyes del lugar de su creación, por lo tanto, si alguna de las partes decidiera no cumplir con lo pactado, el juez tendrá la facultad de obligarlo a través de la fuerza pública, a que dicho convenio se cumpla.

4.2 Servicios Públicos y Privados de Mediación Familiar

Ya mencionamos, que existen centros e instituciones públicos o privados que prestan servicios de mediación, ya porque fueron creados especialmente para esta labor o porque de *facto* realizan dicha función, es decir que pretenden aplicar este procedimiento para tratar de solucionar una conflictiva familiar o prever una futura.

A pesar de lo anterior, veremos que este esfuerzo muchas veces no es suficiente, ya que la mediación como tal no es llevada a cabo, porque no cumple sus requisitos esenciales, es decir que el procedimiento no se aplica como tal a la práctica, además de que muchas veces se ve frustrado por actividades propias de la institución para la cual fue creada, ejemplo de ello tenemos al Sistema Nacional para el Desarrollo de la Familia y al Centro de Atención a Víctimas de Violencia Intrafamiliar.

Caso contrario sucede con el Centro de Solución de Conflictos de la Fundación Cenavid, S.C, Instituto de Mediación de México, o el Centro de Justicia Alternativa creado por el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, centros que fueron creados para aplicar la mediación específicamente, pero que no en especial para la mediación familiar como es el caso de Cenavid, que conoce de diversas materias, el Instituto de Mediación que se dedica únicamente a mediar cuestiones comerciales, o el Centro de Justicia Alternativa que sabemos que por el momento comenzará con la mediación familiar, sin tener resultados concretos, por lo que no abarcaremos dicho estudio.

Aunque sabemos que existen otros centros que de hecho aplican la mediación no los mencionaremos porque consideramos más importantes los que a continuación describiremos.

4.2.1 El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia

El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), forma parte del Sistema Nacional de Asistencia Social, y es un Organismo Público Descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, se identifica con la serie de instituciones que por ley deben apoyar el desarrollo de la familia y de la comunidad, especialmente de aquellas que presentan mayor riesgos de desintegración, violencia o de presentar alguna situación adversa y no tener capacidad para enfrentarla.

El Sistema DIF está integrado por un organismo central, el DIF Nacional con sede en el Distrito Federal, que de acuerdo a la Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social debe coordinar las actividades en la materia, así como por 32 Sistemas Estatales DIF y los sistemas municipales DIF que actualmente existen en alrededor de 1,500 de los 2,414 municipios mexicanos.

El DIF Nacional fue, creado por Decreto el 13 de enero de 1977 y que, de acuerdo al artículo 13 de la Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social de 1986, es el promotor de la asistencia social y la promoción de la interrelación sistemática de las acciones por lo que es el rector del campo de la asistencia social y coordinador del Sistema compuesto por los órganos estatales y municipales.

De acuerdo al artículo cuarto de la misma Ley, el DIF es el responsable de la atención de menores en situación de abandono, desamparo, desnutrición o sujetos de maltrato, de menores infractores, de alcohólicos, de los fármaco dependientes y de los individuos en condición de vagancia, de mujeres en período de gestación o lactancia, de ancianos en desamparo, incapacidad, marginación o desamparo, de los inválidos con problemas de diferentes órganos o sistemas, los indigentes, de personas que por su ignorancia requieran servicios asistenciales, de

las víctimas de la comisión de delitos en estado de abandono, de los familiares que han sido abandonados y dependen económicamente de aquellos que se encuentran detenidos por causas penales, de los habitantes del medio rural o urbano que estén marginados y de las personas afectadas por desastres.

Además, conforme al artículo segundo del Estatuto Orgánico del DIF de 1999, este organismo, para el logro de sus objetivos, deberá apoyar el desarrollo de la familia y de la comunidad; promover e impulsar el sano crecimiento físico, mental y social de la niñez; prestar servicios de asistencia jurídica y de orientación social a menores, ancianos, discapacitados y en general a personas sin recursos; apoyar el ejercicio de la tutela de los incapaces que corresponda al Estado, en los términos de la Ley respectiva; poner a disposición del Ministerio Público los elementos a su alcance en la protección de incapaces y en los procedimientos civiles y familiares que les afecten, de acuerdo con las disposiciones legales correspondientes, entre otras.

Por lo que, conforme al artículo tercero del Estatuto mencionado, esto último lo hace a través de una Dirección de Asistencia Jurídica, y que en el artículo 34 señala que la misma tendrá diversas atribuciones como:

- ✦ Proporcionar asesoría jurídica y patrocinar en los juicios en materia de Derecho Familiar, a los sujetos de asistencia social;
- ✦ Establecer y operar las acciones del Organismo, en su carácter de autoridad central en materia de adopción internacional y participar en la regularización de la situación jurídica de los menores ingresados en las casas cuna y casas hogar, así como en el procedimiento legal de adopción;
- ✦ Proporcionar asesoría y orientación jurídica sobre Derecho Familiar y demás servicios a su cargo, en beneficio de la población sujeta de asistencia social;
- ✦ Realizar acciones de prevención, protección y atención a menores maltratados, en desamparo o con problemas sociales para incorporarlos al núcleo familiar, o albergarlos

en instituciones adecuadas para su custodia, formación e instrucción; realizar acciones de prevención y atención de mujeres maltratadas y violencia intrafamiliar;

- ✦ Concertar acciones con los Sistemas Estatales y Municipales para el Desarrollo Integral de la Familia, en materia de asistencia jurídica; entre otras.

Para lograr estas acciones los abogados adscritos a la Dirección de Asistencia Jurídica del DIF Nacional, realizan funciones de asesoría y asistencia jurídica a la población vulnerable, y con objeto de velar por la integración familiar tratan de avenir a las partes, para que así los derechos de los niños y las niñas sean respetados, sin ser juzgadores.

Sin embargo, los abogados saben que no siempre es benéfica para los menores la reintegración familiar, ya sea por la existencia de violencia intrafamiliar, misma que se puede desencadenar en maltrato físico y/o emocional hacia los menores o simplemente por que la familia ya no existe. Por lo que buscan que de una forma amigable, los padres de los menores o cualquier familiar interesados en proteger sus intereses, lleguen a un acuerdo que solucione el conflicto por el que este atravesando la situación familiar.

Este acuerdo se puede desencadenar desde un convenio interno de guarda y custodia, alimentos, visitas y convivencias o hasta un divorcio, una adopción entre particulares, entre otros.

Sabemos, que el abogado del DIF Nacional, al enfrentarse como ya dijimos a esta problemática, no sólo asesora a la persona que busca este servicio gratuito, sino que además procura que el Derecho Familiar no sea violado. A efecto de ejemplificar lo anterior, es común que una mujer acuda al DIF y requerir del servicio de asistencia jurídica para obtener una pensión alimenticia para sus menores hijos, pero el padre es taxista y no tiene forma de comprobar sus ingresos; debido a que los alimentos no hacen esperar y un juicio de alimentos es, en estos casos, largo e implica gastos económicos y emocionales; es por lo que dicha petición de la interesada, el deudor es llamado, mediante un citatorio, a comparecer ante el

abogado del DIF y la interesada, para tratar de llegar a un acuerdo sobre el otorgamiento de los alimentos.

Así pues, decimos que existe una especie de mediador; porque el tercero (el abogado, auxiliado de un psicólogo o trabajador social) ayuda a las partes a resolver su conflictiva familiar y los encamina a llegar a un arreglo verificando que sea conforme a Derecho, porque así lo establecen sus funciones como servidor público, sin perjuicio de que los interesados puedan acudir con o sin abogados u otras personas que estimen pertinentes y con la posibilidad de que las partes ofrezcan los documentos o pruebas que consideren adecuadas para esclarecer la problemática, características que se asemejan al proceso de mediación.

Por otro lado, en casos de divorcio, si el servidor público considera que las partes tiene posibilidad de reconciliarse los deriva al área de Asistencia Psicosocial para que tomen terapias de pareja, siempre a petición de los interesados, porque recordemos que la figura de la mediación es voluntaria. De no ser el caso, se procede a la realización de un divorcio voluntario o un convenio interno o judicial, que desemboca en un acuerdo de mediación, mismo que puede ser escrito o verbal atendiendo a las circunstancias que previamente estudiamos en nuestro Capítulo III.

Sabemos que en la práctica dichos acuerdos son cumplidos por las partes por su buena disposición y porque consideran al DIF como un organismo serio de protección a la familia y a la infancia, por que así se ha dado a conocer.

Sin embargo, muchas veces no es así, porque el propio organismo no está facultado para hacer cumplir de forma autónoma el convenio celebrado y sin auxilio de un juez familiar, ya que conforme a sus actividades que marca el propio Estatuto, no es autoridad judicial, sino administrativa y sólo en algunos casos. Además no existe ningún fundamento legal que determine que pueda aplicar multas o alguna otra medida para hacer cumplir dichos convenios, mucho menos para obligar a comparecer a la persona que es "citada". Situación última, que no nos afecta al tratar del tema de la mediación, debido a que no se puede obligar a las partes a

presentarse a someterse a dicho proceso, porque es meramente voluntario, se puede convencer pero no obligar.

Por otro lado, algunos DIF Estatales adscritos a las Agencias del Ministerio Público si pueden aplicar estas multas, como es el caso del DIF de Chiapas, pero siempre avalado por dicha agencia.

De lo anterior, concluimos que necesariamente se tendrá que acudir ante un Juez de lo Familiar para hacer cumplir dichos convenios; pero a pesar de que mencionados que ese organismo realiza funciones de mediación, el problema radica en que el funcionario público no es llamado mediador, ya que no está reconocido como tal por la ley, además porque sabemos que dicha figura no se encuentra regulada en el Distrito Federal en materia familiar.

4.2.2 El Centro de Atención a la Violencia Intramiliar

Este centro mejor conocido como CAVI, fue creado por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, es de orden público y depende de Subprocuraduría de Atención a Víctimas del Delito y Servicios a la Comunidad de la propia Procuraduría.

Su objetivo principal es el de administrar, planear e instrumentar el auxilio integral a víctimas de la violencia familiar, mediante atención médica, jurídica, psicológica y social, a fin de desarticular la violencia dentro de la familia.

Para lograr esto, el CAVI implementó un programa denominado de “Atención Social a Víctimas Directas e Indirectas de la Violencia Familiar”, mismo que tiene como objetivo brindar a las víctimas de la violencia familiar, asesoría sobre sus derechos y alternativas legales, y proporcionar psicoterapia individual o en grupo, así como asistencia médica y apoyo de trabajo social para desalentar las prácticas violentas.

Otro de los programas es el de “Atención Psicoterapéutica a Víctimas de Maltrato”, con el cual se brinda terapia psicológica, de preferencia grupal, a mujeres receptoras de violencia familiar, a través de modelos reeducativos de terapia breve, a efecto de suspender la violencia en la familia, que es uno de los factores criminológicos más importantes.

A pesar de que este centro principalmente apoya a mujeres y víctimas de la violencia familiar que acuden a la Procuraduría para denunciar el delito, materia del Derecho Familiar. Esta labor se relaciona con la mediación familiar, ya que en estos casos el abogado adscrito a este Centro, cita al agresor a comparecer ante el dicho centro para tratar de llegar a un convenio que logre terminar con la violencia y prevenir una futura.

El citatorio elaborado por el CAVI, a diferencia del que el DIF expide, es motivado y fundamentado. Además en caso de no comparecer este centro apercibe al “citado” para que en caso de no presentarse se proceda jurídicamente en su contra, sin embargo al igual que en el DIF el agresor no es obligado a someterse a este proceso.

Al ser presentado el agresor, lo que se busca es que la víctima otorgue el perdón y el agresor se comprometa a no agredir, en caso contrario la víctima es canalizada a la Defensoría de Oficio del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal a tramitar juicio divorcio o de pensión alimenticia, según sea el caso. Al final se levanta un acta administrativa y la víctima acude a denunciar el delito, además de que es atendida con terapias psicológicas, mismas que pueden ofrecerse tanto para la víctima como para el agresor si así se acordó.

Sin embargo, a pesar de que la labor en este centro se asemeja a la mediación familiar, no lo es del todo, ya que el convenio celebrado, muchas veces no está encaminado a la materia familiar propiamente sino a la penal, por la violencia enfrentada.

Además, de que tampoco es reconocido como un organismo público de mediación, por falta de fundamentación y regulación jurídica que avale esta figura.

4.2.3 Centro de Resolución de Conflictos de la Fundación Cenavid, I.A.P

La Fundación Centro de Atención para Víctimas del Delito (CENAVID)³³¹ es una Institución Mexicana registrada como Institución de Asistencia Privada (I.A.P.), fundada en el año de 1993 en Guadalajara, Jalisco para dar asistencia a víctimas de bajos recursos, principalmente niños y mujeres que han sufrido abuso físico, moral o sexual. Sus fundadores voluntarios, psicólogos, abogados, psiquiatras y trabajadoras sociales se ocupan del apoyo emocional, asesoría legal en el ámbito de orientación y asistencia psiquiátrica.

Por lo que es una Institución no Gubernamental, sin fines de lucro, tendencias políticas o religiosas, en el campo de la resolución apropiada de controversias.

Lo anterior, ya que después de participar en el Seminario Internacional “Asistencia Legal en América Latina” en agosto de 1995, que tuvo lugar en Santiago de Chile, CENAVID decidió desarrollar un Proyecto sobre Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), buscando presentarle a la sociedad una alternativa y medida de prevención hacia la violencia enfocada fundamentalmente a las áreas de conflictos comunitarios, familiares, civiles, mercantiles, etc.

Para conseguir dicho objetivo, se creó el Centro de Resolución de Conflictos de dicha fundación, para desarrollar lo que se ha denominado la cultura del diálogo a través de Mediación, Conciliación y Negociación, en un proyecto piloto financiado por la Agencia de Desarrollo Internacional de los Estados Unidos (USAID) para desarrollarse en el Estado de Jalisco, específicamente en la ciudad de Guadalajara, Jalisco. Inicialmente se proyecto para un año, sin embargo, ante los óptimos resultados ha sido prorrogado por dos años más.

Este Centro toma como punto de referencia la existencia de la Legislación Civil en la cuál se establece como trámite obligatorio, la celebración dentro del proceso de una Audiencia Conciliatoria en etapas tempranas del juicio, se decidió establecer una relación estrecha en el

³³¹ Cfr. www.cenavid.com.mx; página consulta el día 13 de mayo del año 2003.

ámbito institucional entre el Centro y el Consejo General del Poder Judicial, que trascendió posteriormente en una vinculación también con el Supremo Tribunal del Justicia del Estado de Jalisco.

Como otro objetivo importante, se consideró aquel en que la comunidad tuviera conocimiento y acceso a los MASC, se ideó un Proyecto de Mediación Comunitaria en una de las zonas más conflictivas de la ciudad como es en el Barrio de Oblatos; a través de la firma de los respectivos Convenios y apoyo recibido por parte de la Capellanía Jesús el Divino Preso y la Asociación Barrios Unidos en Cristo, siendo posible difundir la Mediación, a través de pláticas informativas, conferencias y cursos, tanto a niños como a adultos, para el manejo del conflicto de carácter vecinal, principalmente.

Las funciones incluyeron tratamiento y asesoría a víctimas de violencia y a sus familias. Como consecuencia de dichas actividades, la Parroquia del Señor de la Misericordia se anexó al programa, mismo que se canalizó en capacitación para adultos; se instaló un módulo de mediación que posteriormente funcionó con los elementos capacitados bajo la supervisión del Centro.

Este proyecto tiene como principal objetivo impulsar la cultura de la mediación en nuestro país, propiciando para ello un efecto multiplicador de las técnicas, aplicaciones y conceptos.

La Institución proporciona servicios de mediación y capacitación, realiza labores de investigación, lleva a cabo entrenamientos y supervisa pasantes interesados en el tema de la Resolución Apropiaada de Conflictos (RAC) o los llamados MASC, además cuenta con expertos en la planeación integral de Centros y Servicios de Mediación.

Por último encontramos que los servicios de capacitación en materia de mediación ofrecen diversas formas y procedimientos de resolución apropiada de controversias, tales como conciliación, facilitación, amigable composición, negociación y arbitraje.

4.2.4 Centro de Justicia Alternativa

En cumplimiento al Acuerdo General 19-47/2003 emitido por el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, en sesión ordinaria de fecha 27 de agosto del año en curso, se aprueba el establecimiento de un programa de soluciones alternativas de controversias, administrado por el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal y desarrollado a través de un Centro de Justicia Alternativa, mismo que empezó a operar el pasado 02 de septiembre del año en curso con fundamento en el acuerdo 22-59/2003, emitido el 21 de octubre del mismo año, y en aviso publicado en el Boletín Judicial el pasado 23 de noviembre del dos mil tres.

Asimismo, se aprueban las Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa, publicadas en el Boletín Judicial el día dos de septiembre del año en curso, mismas que entrarán en vigor al día siguiente de su publicación por una sola vez en el Boletín Judicial del H. Tribunal y para su mayor difusión se publicaron en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

El mencionado ordenamiento es de orden público, de interés social y tiene por objeto regular el funcionamiento del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

El artículo tres de tales Reglas, considera a la mediación como un procedimiento voluntario de naturaleza autocompositiva, 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 ajustándose a los principios rectores de este método, establecidos por este ordenamiento, les auxiliará en la construcción de la solución a su disputa.

Por otro lado, para este centro la mediación familiar es considerada como el procedimiento a través del cual los miembros de la familia inmiscuidos en algún conflicto que se suscite en sus relaciones familiares, tratan de dirimirlo con el auxilio de un mediador que les posibilita vías de diálogo y la búsqueda en común de una solución satisfactoria.

Asimismo, el multicitado numeral, nombra como mediados a las personas físicas o morales que después de haber establecido una relación de variada naturaleza entran en conflicto y se someten al procedimiento de mediación buscando una solución, que en nuestra tesis las hemos llamado “partes”, ya que no siempre estas serán mediados, en el sentido que no en todas las situaciones se logra el éxito de la mediación y como consecuencia logramos un acuerdo.

Sin embargo, no podemos considerar que en la mediación familiar, las partes involucradas, y según este ordenamiento los “mediados” sean personas morales, puesto que estamos hablando de la familia, considerada como una institución y cuyos componentes son personas físicas, por tanto una persona moral como tal no podría estar inmersa en la mediación familiar, tal vez en la rama civil, debido a que estaríamos hablando de intereses meramente patrimoniales dejando atrás el sentido intrínseco de la familia.

Este ordenamiento, también contempla la figura del mediador como un 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, y a quien, una vez formado y registrado por el Tribunal Superior de Justicia, se le asigna el cargo, y al Co-mediador, el auxiliar del mediador, quien tiene por objeto asistir el procedimiento aportando sus conocimientos multidisciplinarios.

Cabe señalar, que la palabra “co-mediador” es innovadora en el procedimiento de la mediación aplicado por otros países, por tanto se habla de una co-mediación, que es un Procedimiento de Mediación con el cual se enriquece el mecanismo habitual de la Mediación con la intervención de otros mediadores, a efecto de intercambiar e integrar habilidades diferenciando de antemano la participación del mediador de la del co-mediador, y con ello, optimizar la prestación del servicio solicitado por los mediados.

Es de interés el tema de la re-mediación (artículos tres y nueve de las Reglas Operativas), que es considerado como un nuevo procedimiento de mediación que se inicia a solicitud de los

mediados, ante el incumplimiento parcial o total de un acuerdo anteriormente alcanzado, con el fin de analizar las causas de su quebrantamiento, para tratar que el acuerdo se cumpla y en su caso, para elaborar uno nuevo, pero que en nuestro criterio no tendría sentido su creación, ya que si con la mediación pretendemos que la resolución del conflicto familiar sea con prontitud, si nos sometemos a una re-mediación se alargaría dicho procedimiento, ya que la experiencia nos dice que cuando nos se cumple un “acuerdo de mediación” no se cumple con el principio de voluntariedad, por tanto no tendría caso intentarlo de nuevo y debemos recurrir por su forzosa ejecución.

Con lo esgrimido, es de notarse, que el Poder Judicial al crear este Centro de mediación, no contempla la resolución pronta y eficaz de un conflicto, sino lo que pretende con su creación es sólo evitar la carga de trabajo en los juzgados familiares, por tanto, si solo se cumple con una parte de la finalidad de la mediación no sería viable su existencia, claro está que el artículo 36 de este ordenamiento señala:

“El tiempo de duración de la Mediación debe ser el que resulte necesario en atención al número y a la complejidad de los puntos en conflicto. En cualquier caso, no excederá de tres meses, a contar desde la fecha de la reunión inicial entre el mediador y los mediados, salvo que el mediador y los mediados, propongan y justifiquen la necesidad de una prórroga de este plazo, la cual no podrá exceder de otros tres meses.

Es justificante de una prórroga a la duración del servicio de Mediación, la aparición de causas supervenientes o de fuerza mayor, que originen nuevos temas de controversia para la agenda de sesiones.”

De este artículo se desprende que lo que se pretende es que el procedimiento de la mediación pueda durar hasta 6 meses, siendo que si es aplicada eficazmente y siguiendo cada uno de los pasos el conflicto familiar puede ser resuelto hasta en una sola sesión.

a) Objeto

Este Centro de Justicia Alternativa cuenta con autonomía técnica y de gestión, y se creó para administrar y desarrollar los métodos alternativos en la solución de las controversias que los particulares pretendan resolver, teniendo por objeto:

- ✦ El desarrollo y la administración de un sistema de métodos alternos de solución de conflictos en los términos del presente ordenamiento, que iniciará con la mediación familiar.
- ✦ La prestación de servicios gratuitos de información, orientación y asesoría jurídica, psicológica, social, así como en general, sobre los métodos alternativos de solución de controversias y sobre la mediación en especial, a las personas que lo soliciten.
- ✦ El registro y monitoreo de los mediadores encargados de conducir los procesos alternativos de justicia.
- ✦ La difusión y divulgación permanente de los métodos alternos de solución de conflictos en general y sobre la mediación en especial.
- ✦ El intercambio permanente con instituciones públicas y privadas nacionales y extranjeras que contribuyan a fortalecer sus funciones y ampliar sus metas.
- ✦ La determinación y control, a través de un sistema de calidad, de los diversos procesos del Centro en todos sus niveles, dentro de patrones de eficiencia que los mantenga bajos en la inversión de tiempo y recursos.

b) Desvinculación y conexidad con la vía judicial

También es importante destacar que el artículo siete de las Reglas de Operación, en su segundo párrafo, impide a los particulares dirimir sus conflictos simultáneamente por la vía judicial y el de mediación, pero sabemos que en la práctica ha dado buenos resultados mediar a las partes en conflicto aunque se esté ventilando al mismo tiempo un juicio ante un Juez de lo Familiar, situación que el propio ordenamiento admite al señalar que:

“Los particulares que en su momento hayan buscado dirimir sus conflictos en la vía jurisdiccional, pueden intentar alcanzar la solución a través de la Mediación; sujetándose también a los términos y condiciones que establecen las Leyes ordinarias, suspendiendo o desistiéndose de aquellos procedimientos iniciados en los términos que la ley procesal aplique, para buscar la solución por los métodos alternativos.”

Por lo que, si se señala que las partes se podrán desistir de un proceso judicial, es porque este sigue activo, ya que la mediación no suspende términos ni la prescripción de las acciones procesales que los mediados puedan ejercer; subsecuentemente en tal virtud, continuará corriendo el término de extinción de su ejercicio (artículo 10 de las Reglas Operativas).

Este artículo también señala, que los titulares de los órganos de la jurisdicción podrán informar y recomendar la Mediación a los mediados de un asunto litigioso, cuando se percaten de que es posible alcanzar una solución más rápida y satisfactoria si se procede por esa vía.

Es de aclarar que este artículo señala que es “una facultad” de los juzgadores, más no una “obligación”, lo que no satisface nuestro criterio, ya que como lo hemos manifestado, creemos que es viable que los juzgadores estén obligados y no facultados a proponer la mediación para solucionar un conflicto familiar, para lo cual se deberán hacer las modificaciones propuestas en nuestro último capítulo.

En esta tesitura, tampoco concordamos con estas reglas propuestas en el sentido de que deberá ser garantizando la confidencialidad y el respeto a la privacidad de la información personal que se reciba, como lo señala el último párrafo de este artículo, el numeral ocho al hablar del principio de la “confidencialidad”, el artículo 48 al señalar que el mediador no podrá actuar como testigo en la vía jurisdiccional, ya que como hemos dicho ante la solicitud de un juez el mediador como cualquier otro ciudadano tendrá la obligación de manifestar su opinión, lo que veremos en el siguiente capítulo cuando tratemos el tema de las Recomendaciones.

Por otro lado, es obligación de cualquier servidor público, en este caso el mediador, de informar a las autoridades competentes la comisión de algún delito, por ejemplo si se ha cometido maltrato algún menor, como lo señalamos en el capítulo anterior, sería su obligación denunciar o fungir como testigo ante la autoridad administrativa o jurisdiccional.

Asimismo, también es ilógico cuando dice el precepto 42, que los mediados o cualquier otra persona que haya participado en alguna de las sesiones de Mediación, no podrán emplear lo conocido en dichas sesiones para testimoniar o probar algo en la vía jurisdiccional, ya que también sería su obligación testificar ante requerimiento jurisdiccional, además es viable que hagan saber al juez familiar, en caso de incumplimiento, sobre lo que se ha acordado en el proceso de la mediación, en el sentido que los lineamientos de este ordenamiento son públicos y de interés social como lo describe el artículo primero.

c) De la Organización y Funcionamiento

En cuanto a las funciones específicas del Centro, el artículo 12 señala que el Centro deberá estar encomendado a un Director, nombrado por el Consejo, procurando que en su persona se actualice una integración multidisciplinaria en materias de Derecho, Psicología, Sociología u otras afines a los métodos alternos de solución de conflictos.

En cuanto los requisitos que debe cubrir el Director del centro, es de hacerse la siguiente observación:

La fracción III del precepto 13 señala que para ser Director del Centro deberá tener Título y Cédula Profesionales expedidos por la autoridad o institución legalmente facultada para ello; con experiencia, práctica docente o entrenamiento relacionado con la función del Centro, pero no especifica concretamente sobre que carrera profesional deberá tener título y Cédula.

Requisito que también es mencionado en el artículo 18 para ser mediador y co-mediadores, por lo que no sabemos con que clase de mediadores pretende actuar este centro,

ya que nos abre la posibilidad que sean psicólogos, sociólogos, médicos, etc. Personas que no siempre están sumergidas dentro de una problemática familiar y mucho menos jurídica, por tanto rompe con la estructura que nos habíamos planteado de que los mediadores sean abogados, y sus auxiliares, llamados co-mediadores psicólogos o sociólogos.

d) Procedimiento

El Capítulo Tercero de las Reglas Operativas, regula el procedimiento de la mediación familiar, mencionando en su artículo 28 aquellas personas que podrán solicitar el servicio de mediación, que podemos decir que son todas aquellas que estén inmersas dentro de un conflicto familiar, ya sea que atañe un orden público o no, descripción que estamos totalmente de acuerdo, puesto que en el capítulo anterior mencionamos todos aquellos conflictos que pueden ser considerados familiares y llegamos a la conclusión que son todos aquellos en los que estén inmersos los miembros de la familia.

Por su parte los preceptos 29 y 30 de este ordenamiento, regulan los costos del servicio de la mediación, y por ser un centro público el trámite es gratuito, mencionando el primer numeral que: los servicios de asesoría, consultoría y peritaje que resulten necesarios en los procedimientos de Mediación, serán cubiertos de común acuerdo por los mediados en cuanto a su costo, previa información de esto por el mediador responsable del caso.

El artículo 30 de las Reglas de apunta, que la mediación se iniciará a solicitud de cualquiera o de ambas partes en conflicto, previo recibimiento de información y documentación explicativa de los servicios que proporciona el Centro. Esta atención se dará en el área de Información Especializada en Mediación, donde también se determinará si el conflicto es mediable y, en consecuencia, si debe ser atendido por el Centro; de no ser así, se proporcionará la orientación que resulte procedente.

Es oportuno mencionar, que este procedimiento contempla la “invitación” al otro u otros, es decir a quien (es) no solicitó (aron) el servicio y es necesaria su presencia, no se habla de

“citación” como lo hemos manejado, pero contempla una invitación se hace a través del Centro, a la o las partes del conflicto a participar en la mediación; de darse la aceptación, se requerirá a la parte invitada a que confirme estar de acuerdo con la fecha y hora establecida para la primera sesión, para lo cual establece este artículos los términos y medios en que se dará dicha confirmación.

De lo anterior podemos puntualizar, que este ordenamiento no señala si dicha “invitación”, podrá ser de forma oral (vía telefónica), puesto que el artículo en su parte final solo señala:

“La decisión del invitado genera cuatro hipótesis que deben ser atendidas como sigue:

- 1. Si nunca manifestó su decisión de participar en la Mediación y el solicitante reitera su petición de invitación, el Centro enviará hasta por segunda ocasión la invitación correspondiente; de no haber respuesta se tendrá por cerrada la alternativa para solucionar el conflicto por esta vía;*
- 2. Si su decisión es de no participar en la Mediación, así se hará del conocimiento de la parte solicitante;*
- 3. Si su decisión es de participar en la Mediación, así se hará del conocimiento de la parte solicitante, y a ambos se les solicitará acudir a la sesión inicial de Mediación;*
- 4. Si su decisión es de participar en la Mediación pero en fecha diferente a la propuesta por el Centro, se procederá en el orden que sigue:*
 - a) El Centro comunicará al solicitante la fecha propuesta por el invitado para su aceptación;*
 - b) Si acepta se tendrá por confirmado el inicio de la Mediación;*
 - c) Si no la acepta, el Centro establecerá una tercera y última fecha de común acuerdo con el solicitante, que no podrá ser modificada, y*
 - d) El invitado que modifique la fecha original tendrá un plazo no mayor de diez hábiles posteriores a la fecha de su aceptación para informarse respecto de la decisión del solicitante y, en su caso, de la fecha establecida por el Centro...”*

Asimismo, tampoco se señala la posibilidad de que la “invitación” sea hecha por el solicitante, en este sentido consideramos que es de suma importancia que sea establecido

dentro del proceso de mediación, ya que como lo hemos manifestado la “citación” al otro u otros en el proceso de la mediación debe agotar todos los medios necesarios con objeto de resolver la conflictiva planteada, porque la práctica nos ha enseñado que algunas veces si el mediador es quien “cita” o “invita” al otro u otros a participar, puede ocasionar un conflicto mayor entre los miembros de la familia, puesto que esta invitación es considerada como un acto de molestia a quien se le hace.

Como hemos manifestado, este ordenamiento contempla que el proceso de la mediación está conformada con más de una sesión, estableciendo que en la primera reunión, el mediador y los mediados deberán cumplir los siguientes pasos:

- ✦ Exponer los motivos que llevaron a los mediados a hacer uso del servicio;
- ✦ Acordar los temas que habrán de explorarse por los mediados;
- ✦ Exponer el programa de actuaciones para su consideración, y
- ✦ Manifestar, o no, la conformidad con el programa de actuaciones propuesto, hasta llegar a determinar, conjuntamente, una agenda para el desarrollo de las sesiones que puedan ser necesarias.

También señala, que como resultado de la sesión inicial, se determinará la fecha de la siguiente sesión y con ello se abrirá la agenda del procedimiento correspondiente.

Sin embargo, sabemos que en la práctica que la mediación puede darse por terminada incluso en la primera sesión, y sin necesidad de ventilarse otras más, ya que en la mediación hablamos de etapas y no de sesiones, porque uno de los principios de la mediación es la flexibilidad, por tanto, si las partes están dispuestas a resolver su conflictiva en una primera sesión (constituida de varias etapas), creemos que no tendría sentido establecer que dicho proceso forzosamente tenga que cubrirse por más de dos sesiones como lo establecen las Reglas Operativas en mención.

Aunado a lo anterior, creemos innecesario establecer “una agenda” para dividir los temas tratar, ya que si bien es cierto es importante establecer un orden para resolver una conflictiva, también lo es que seguir un ritualismo o una formalidad al extremo, se contrapone con los propios fines de la mediación, por lo que estaríamos hablando que la mediación sería un proceso infructuoso, y similar al jurisdiccional con la diferencia que el Juez no decide, sino las partes seguidas de un mediador.

Lo antes esgrimido lo podemos ver claramente cuando los artículos 35 y 36 señalan textualmente que:

“Artículo 35. De no ser posible determinar en la sesión inicial todo lo establecido en los cuatro incisos del artículo anterior, deberá determinarse en las sesiones sucesivas.

En las siguientes sesiones, para la exploración de los temas de la agenda habrán de presentarse las cuestiones en disputa, la generación de opciones, la selección de soluciones, la negociación del acuerdo y el cierre de la Mediación. En cualquier momento, los mediados, con causa justificada, podrán manifestar su desacuerdo con el mediador, de común acuerdo, rechazando su intervención. En este supuesto el Centro hará una nueva designación.

“Artículo 37. La duración de cada sesión de Mediación será de dos horas por sesión, pero a propuesta del mediador y de común acuerdo con los mediados, ésta puede prolongarse por más tiempo hasta su conclusión...”

Por otro lado, el propio numeral señala que:

“...Excepcionalmente puede programarse la realización de las sesiones de Mediación en horarios y días no laborables, así como en sitios distintos a las instalaciones del Centro, en aquellos casos que impidan la presencia de los mediados por causas de fuerza mayor, pero en ninguna situación podrán evadir sus responsabilidades ante el Centro, debiendo en todo caso, notificar previamente al mismo, lugar, fecha y hora en la que se reunirá con él o los mediados externamente, señalando las causas; y posteriormente deberá entregar el informe correspondiente.”

En este sentido, es curioso el hecho que en la creación de estas Reglas, se señale la posibilidad de establecer que la mediación sea en lugares distintos a Centro, ya que como hemos visto en el capítulo anterior, el lugar donde se lleva a cabo este proceso debe ser especial, en el sentido de ser un sitio tranquilo y sin distracciones que permita a las partes enfocarse a resolver su problemática, es viable que pueda ser horas y días inhábiles, así como en lugares distintos al Centro, cuando las partes no puedan comparecer, pero es importante que se señale dónde podrá ser exactamente y que cubra con los lineamientos de la propia mediación.

En cuanto a las técnicas empleadas en el proceso de la mediación este ordenamiento, no señala cuales son las aplicadas únicamente se limita al señalar en el numeral 41 que:

“A efecto de conocer la calidad del servicio de Mediación y las áreas de oportunidad, el Centro, a través de su área competente, ejercerá las siguientes tareas:

a) Realizar el estudio y promoción de las técnicas de Mediación empleadas...”

Por último, el artículo 44 señala que el procedimiento de la mediación concluirá:

- ✦ Con acuerdo escrito o verbal, cuando exista consenso entre los mediados con respecto a su solución sobre el objeto de la Mediación;
- ✦ Con acuerdo parcial, cuando los mediados únicamente logren consensuar una solución para ciertos puntos del conflicto objeto de la Mediación;
- ✦ Sin acuerdo, en el caso de que fuera imposible para los mediados llegar a alguna solución en el procedimiento sobre el objeto de la Mediación;
- ✦ Por decisión de los interesados, de alguno de ellos o del mediador;
- ✦ Por inasistencia de los interesados a más de dos sesiones sin dar aviso al Centro,
- ✦ Por incumplir con las Reglas de Actuación en el Procedimiento de Mediación.

Sin embargo, el artículo 45 dispone que el cierre de la mediación podrá ser por medio de un escrito en forma de convenio, mismo que de acuerdo con el precepto 46 una vez formalizado tendrá, respecto de los interesados, el carácter de resolución definitiva; y de

requerir de ejecución forzosa, la misma deberá promoverse por parte de los mediados, ante los jueces competentes en la vía y forma que manden las leyes respectivas, es decir recurriendo a la vía de apremio conforme al Código de Procedimientos Civiles.

Por otro lado el numeral tres define al acuerdo como:

“Resultado final al cual se espera lleguen los mediados mediante el procedimiento de Mediación y que representa un desenlace satisfactorio para ambos, ya que resuelve las causas centrales del conflicto previniendo la reincidencia por motivos similares. No siempre es el resultado necesario de ese proceso.”

En este sentido, cabe señalar, que tal ordenamiento no aclara que la mediación podrá cerrarse con un acuerdo o un convenio, ya que el propio Transitorio Primero agrega que se respetará la autoridad primaria de la voluntad individual, en los casos y situaciones legales que permitan el acuerdo, el convenio, el contrato o la transacción, por lo que no especifica su cierre, ya que sabemos que hablar de convenio, acuerdo, contrato o transacción son conceptos que conllevan distintas definiciones.

Por obviedad, no especifica que el acuerdo será llamado como “acuerdo de mediación”, de tal modo que éste podrá ser considerado como uno privado o interno, y no con la publicidad e interés público que el artículo primero dice serán estos lineamientos, así pues, no se le atribuye la facultad de obligatoriedad, para hacer cumplir sus resoluciones, en el sentido de no darle un reconocimiento en la propia Ley Adjetiva Civil. Tal y como consideramos deberá ser al establecer nuestras propuestas en el Capítulo V, cuando hablamos de las reformas a dicha ley, a efecto de darle validez y reconocimiento a los acuerdos derivados de la mediación y no ser tomados como simples convenios.

Claro está, que estas Reglas Operativas señalan que las obligaciones de contenido ético o moral no serán susceptibles de ejecución coactiva, por tanto que sentido tendría convenir en algo que no puede ser susceptible de cumplirse, ya que si bien es cierto el someterse a un proceso de mediación es de forma voluntaria y libre, así como el cumplimiento de su acuerdo,

es viable especificar qué entendemos por sentido ético o moral, para ver hasta donde se puede uno obligar a cumplir con esta condición subjetiva.

Lo anterior, nos hace suponer que lo que se pretende con este Centro es mediar cuestiones familiares hasta de tipo subjetivas y sin aclararlas, pero si bien es cierto sabemos que la mediación resuelve casi todos los conflictos familiares, debemos ser realistas, fincarnos límites y saber hasta donde podemos mediar, ya que como estudiamos en nuestro Capítulo III, no podemos por ejemplo: obligar a los cónyuges a que se “amen”, porque no hay leyes que obliguen a amar, lo que sería una condición de carácter moral y ético.

e) Código de Ética

Por último, es necesario manifestar que este Centro de Justicia, todavía no cuenta con un código deontológico o de ética, con el cual los mediadores puedan realizar sus funciones con la mejor probidad y honestidad, a pesar de que el artículo 43 señala que:

“...Los mediadores deben ser responsables de los daños y perjuicios que sufran los mediados de los asuntos de que conozcan cuando aquellos hayan incurrido en conducta dolosa en perjuicio de cualquiera de los mediados o hayan violado el código de ética que los rige...”

Lo que nos da una clara visión, de que dicho Centro no tienen un función completa al no contar con los medios suficientes para una aplicación de “*facto*” y no sólo de “*iure*”, tal y como lo observamos en el Segundo Transitorio que dispone que a más tardar el último día de marzo del 2004, el Centro deberá presentar al Consejo su “propuesta” de Código de Ética de los Mediadores y Co-mediadores del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Situación que nos obliga a decir que al no haber un ordenamiento completo que rija a un Centro, más aún si es de carácter público, éste no puede ni debe operar todavía, orillándonos a

enfátizar aquella propuesta de una Ley de Mediación junto con un Código de Ética que establezca los principios que deben seguir los mediadores.

En esta tesitura, no debemos dejar atrás que lo único que establece este ordenamiento son las obligaciones del mediador y el co-mediador (artículo 23), y que por su incumplimiento se les aplicará una sanción correspondiente (numeral 24), además que los mediadores que conducirán los procesos alternativos, deberá hacerse mediante un proceso de selección que se registrará por los principios de pertinencia, competencia, objetividad, honorabilidad, equidad y eficiencia, con la participación del Instituto de Estudios Judiciales (artículo 47).

Por último, y para dar por concluido este capítulo, creemos que el Derecho Mexicano se ha manifestado como un Derecho formalista, de legislación escrita, que no acepta a la costumbre como productora de normas jurídicas, salvo verdaderas y escasas excepciones. Esto seguramente ha influido en la forma de ser y reaccionar de los jueces que, además, no son dados a aceptar legislación, doctrina y jurisprudencia extranjeras, pues tratan de encontrar las soluciones en la interpretación que ellos mismos dan a las normas de Derecho Interno.

Ante este panorama, queda la impresión de que, quienes acuden al sistema judicial en busca de apoyo a procedimientos alternos, o pretenden orientar al juez, no hablan el mismo idioma que éste, quien, mientras más formalista, menos se encontrará dispuesto a aceptar las peticiones del caso por no estar seguro de su correcta fundamentación en el Derecho Positivo que él maneja.

Sin embargo, si se pretende plantear ante un juez que la mediación es un proceso (en México el concepto proceso sólo se aplica a las controversias que se plantean ante órganos del Estado), o que supone una privatización de la justicia, conceptos que un especialista en mediación podría eventualmente aceptar, al juez mexicano inmediatamente se le puede producir la duda de si la mediación es o no contrario a la Constitución, en la medida en que ésta prohíbe de manera enfática la existencia de tribunales especiales que son aquéllos

establecidos para juzgar un solo caso individualmente determinado, o bien porque la función jurisdiccional del Estado es indelegable a los particulares.

En cambio, si se le convence, según las teorías que él maneja, de que la mediación simplemente supone la posibilidad de que el consentimiento o acuerdo de voluntades de los interesados es capaz de producir derechos y obligaciones o definir situaciones jurídicas, como todo acto jurídico; de que el nacimiento, modificación o extinción de derechos y obligaciones puede estar válidamente condicionado a la voluntad de un tercero que no necesariamente es una autoridad estatal, como puede ser el o los mediadores; de que no existe diferencia esencial entre hacer efectivo un contrato cualquiera o un contrato de transacción, el juez mexicano encontrará explicaciones más acordes con su formación y experiencia jurídicas.

Observamos, que existen otros factores que, aunque secundarios, es conveniente tener en consideración. Quienes estudiamos y procuramos auspiciar de la mediación, pretendemos resaltar sus considerables ventajas sobre los procesos jurisdiccionales, y, aunque no siempre con mala intención, hacemos notar, e incluso magnificamos, muchos supuestos o reales defectos de los sistemas judiciales y de los jueces, atribuyéndoles indiscriminadamente ineptitud, corrupción, falta de independencia, etc.

Esto, de manera justificada o injustificada, puede afectar negativamente a algunos juzgadores, que también son humanos, y no provocarles simpatía alguna por interpretar la ley en sentido favorable a la mediación.

Por tanto, al estudiar las figuras como la conciliación, el arbitraje y el contrato de transacción vemos que estas están íntimamente relacionadas con la mediación, pero que no son los mismos pero que nos sirven para limitar, de cierto modo a la mediación y tratar de desentrañar su aplicación con base a las propios principios y reglas de las figuras en comento.

Ya que como mencionamos al inicio de este capítulo, no pretendemos encontrar donde puede estar regulada la mediación sino que bases sigue para su regulación y permiten su

existencia, por lo que podemos decir que serán mediables los casos en los que la ley nos permite transigir, cuando las normas regulatorias del arbitraje no lo prohíban; cuando se permita conciliar y los demás casos en que por su naturaleza requieran de una rápida resolución al conflicto, aunque versen sobre menores e incapaces, ya que sabemos que para ejecutar dicho acuerdo puede acudirse ante el Juez de lo Familiar.

Apuntamos, que en el Distrito Federal y demás Estados existe el DIF y el CAVI, que a pesar de ser organismos públicos que brindan asistencia jurídica gratuita no son reconocidos como centros de mediación, debido a la falta de regulación jurídica.

El primero, el DIF, podría ser un importante organismo en la aplicación de la mediación familiar, debido a que es considerado como un organismo público de buena fe que vela por los intereses de los menores, incapaces, ancianos y en general por la familia.

El CAVI, por el contrario es un organismo que podría aplicar a la mediación pero a nuestro juicio debería ser especializado en la mediación penal y no la familiar por la propia naturaleza para la que fue creada.

Por último, estudiamos que existen instituciones encargadas de aplicar la mediación, ya porque fueron creadas para ello o porque de *facto* la practican, así que encontramos que en Guadalajara, Jalisco y en el Estado de México existe un centro de mediación familiar y que en el Distrito Federal, se creó hace apenas unos meses un Centro de Justicia Alternativa, pero que por el momento sólo operará aplicando la mediación en materia familiar, y aunque cuenta con unas Reglas de Operación, éstas no tienen el carácter de ley.

Además que como observamos en su oportunidad, estas Reglas tienen ciertas deficiencias y carencias, al no considerar puntos que analizaremos en nuestro siguiente capítulo y que es importante enfatizar al proponer su creación.

Por último, opinamos que este centro no puede considerarse que está operando aún, ya que no cuenta con un Código de Ética con el que deben regirse las funciones de sus mediadores y co-mediadores, más aún si el propio ordenamiento que regula este centro hace alusión a este Código.

CAPÍTULO V

LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS FAMILIARES EN LA ACTUALIDAD

En el transcurso de nuestra investigación tratamos el tema del porqué la viabilidad de la introducción de la figura jurídica de la mediación familiar como medio eficaz y alternativo en la resolución a estos conflictos que atañen a la familia. Sin embargo, aquí abordaremos de forma específica y concreta el planteamiento de la problemática actual y el porqué de nuestra decisión en la implementación de una Ley General que regule la figura de la mediación familiar con todas sus consecuencias jurídicas.

Dividimos este capítulo en dos partes, la primera enfocada exclusivamente a algunos de los problemas principales que creemos existen dentro del procedimiento jurisdiccional actual en el ámbito familiar, como son aquellos directamente ubicados dentro del órgano jurisdiccional, la falta de aplicación de los medios alternos para resolver una conflictiva familiar, el tratamiento, el acuerdo, las impericias que le atañen a las instituciones o centros privados y públicos en la aplicación o el tratar de aplicar esta figura, y por último el sentido que se les da a las recomendaciones emitidas por las instituciones públicas que de alguna forma utilizan la mediación.

La segunda parte, está enfocada a resolver los problemas que nos hemos planteado, en donde proponemos que sus soluciones son: la creación de una Ley General de Mediación Familiar que rija en todo el país, un Código de Ética para el buen desempeño de los mediadores, un tratamiento especial en la ejecución de los acuerdos derivados del proceso de mediación, así como su posible impugnación; por último las reformas que consideramos importantes realizar a los artículos 272-A, 500 y 504 del Código Adjetivo Civil para el Distrito Federal.

5.1 LA PROBLEMÁTICA PROCESAL ACTUAL

Actualmente nuestro sistema jurídico busca en el sentido abstracto el tratar de "descubrir la verdad legal"; pero a través de los procedimientos en el ámbito familiar no siempre soluciona el problema, menos aún en forma rápida y económica, como le es necesario al hombre común quien desea dejar el conflicto atrás, terminando con éste para poder así continuar con su vida normal; con mayor razón, si derivado de éste existen relaciones afectivas de alguien a quien debe continuar viendo, o con quien debe o le convendría seguir manteniendo una relación de parentesco.

Observamos que a pesar de lo anterior, no se le ha dado importancia al uso de los procedimientos alternos de solución, por lo tanto la ejecución del acuerdo que deriva de la mediación familiar algunas veces queda en duda, ya que ninguna institución que aplique la mediación puede hacerlo cumplir y mucho menos emitir recomendaciones en un juicio.

5.1.1 Los procedimientos judiciales a nivel familiar actual

Como sabemos, ante una conflictiva familiar los tribunales necesariamente utilizan un método específico o adversarial para resolverla, de modo tal, que una vez que el pleito se ha desarrollado entre las partes, cuando un tercero neutral —en nuestro país el Juez—resuelve la controversia, arribando éste su decisión después de que se han ventilado los hechos en tal procedimiento familiar; sin embargo esto demanda tiempo, dinero, angustias y nuevas fricciones entre los familiares.

Generalmente, el proceso jurisdiccional genera tiempo, porque como mencionamos, el problema estriba en que el interesado desea solucionar su problema, y no esperar a que la demanda que presentó ante Oficialía de Partes tarde de cuatro a seis días en ser acordada por un juez quien la prevenga o la admita. Decimos que pierde este tiempo valioso en resolver su conflictiva, porque el interesado tiene, por ejemplo, que deshogar una prevención, esperar su admisión, la notificación del demandado, su contestación o en su caso, la elaboración de su

oficio de descuento para cobrar una pensión alimenticia, y más lo hará si no tiene los medios para “agilizar” la elaboración del escrito, peor aún, el tiempo seguirá su curso si la parte demandada no tiene forma de comprobar sus ingresos (ejemplo de una controversia en materia de alimentos).

El procedimiento se vierte lento y fatigante, no porque el juez no quiera resolverlo sino porque la carga de trabajo de los juzgados familiares, las salas y del tribunal es grande, y no se dan abasto con tantos expedientes que se acumulan en torres a lado de un escritorio que sólo espera otros cientos de expedientes más.

El proceso jurisdiccional también genera dinero, porque tanto el tribunal como las partes tienen que desembolsar lo suficiente para el pago de papelería; las partes, si es el caso, tendrán que pagar abogados particulares; los medios de transporte y las pérdidas económicas por descuentos en ausencia de trabajo son inevitables.

Las partes se angustian, ante un procedimiento judicial, ya que muchas veces ocasiona desgaste físico y mental por la presión al ver que su problema no se soluciona como se esperaba.

Por último, creemos que los procedimientos judiciales crean fricciones entre los familiares o con quienes se tenga una relación afectiva, ya que el juicio es visto como una disputa o como un pleito, los abogados se tratan como rivales (siendo que no lo es), de tan modo que se pierde la esencia de que el Derecho busca solucionar conflictos utilizando los medios necesarios, siempre velando por la justicia y la equidad.

De lo que consideramos, que nuestro sistema de resolución de conflictos algunas veces es ineficiente, ya que la duración de los procesos excede el tiempo razonable, a los que debe sumarse otro tanto para lograr la ejecución de las sentencias; y el costo de litigar es alto no solo en términos económicos sino de energías, ansiedades, esperas e incertidumbres.

Pero es una gran cantidad de los conflictos familiares (quizás la mayoría) que deben ser decididos en Derecho por los tribunales; algunos pocos son resultados por las partes entre sí o con ayuda de un tercero, lográndose satisfacer sus necesidades e intereses; y otros se resuelven por el triunfo del más poderoso en la disputa.

Empero, una cantidad considerable de conflictos familiares queda sin resolver, porque el acceso a la justicia es complicado y costoso, además que las partes no tienen otros procedimientos disponibles.

5.1.2 La falta de aplicación de los medios alternativos de solución en las controversias familiares

Con lo anterior, sabemos que aparece la grave y real necesidad de encontrar otros métodos como la mediación familiar de solución de controversias, con ventajas para el sistema judicial sobrecargado y para los ciudadanos comunes que no tienen acceso al mismo, o que por distintos motivos, no pueden sobrellevar la pesada carga que impone un juicio familiar.

Sin embargo, estos métodos o medios no son utilizados, como lo es el arbitraje y la mediación familiar, tal vez sea por falta de cultura o de conocimiento tanto de los abogados como del sistema judicial actual, o simplemente porque no se le tiene la credibilidad de que la mediación funcione. Tan es así, que recientemente está operando un Centro de Justicia Alternativa en el Distrito Federal, pero que sabemos que no se especializará en mediación familiar, y como observamos todavía no cuenta con un Código de Ética, solo con Reglas Operativas que únicamente permiten la existencia de este centro, pero no de forma concreta de la mediación familiar, las cuales prevén que este proceso dure hasta seis meses, lo que consideramos absurdo si lo que buscamos es rapidez con este nuevo medio alternativo.

Por otro lado, si bien es cierto existe una audiencia previa para tratar de conciliar a las partes que se someten a un juicio, sabemos que en realidad el Juez no ve directamente a las partes sino que a través de papeles los conoce y no llega a visualizar sus sentimientos,

emociones y verdaderos deseos, que son condiciones subjetivas que están presentes en la materia familiar como una noble rama del Derecho por su mutación constante, de lo que se desprende que en realidad no utiliza estos medios alternos.

5.1.3 Instituciones Públicas y Privadas ante la figura de la mediación

Nuevamente nos encontramos con el problema que enfrentan las instituciones privadas y públicas que aplican o tratan de aplicar la mediación familiar.

En primer lugar, decimos que las instituciones públicas tratan de aplicar este proceso alternativo, debido a que no hay una ley que regule este proceso, ni una ley o reglamento que les otorgue facultades para fungir como mediadores, en consecuencia estos organismos públicos no cuentan con un sustento jurídico de mediación dentro de su estructura interna, como ejemplo podemos citar al DIF, quien tiene como objetivo principal velar por los intereses de la familia utilizando cualquier medio que considere adecuado (incluyendo la mediación familiar), mismo proceso que al no estar prohibido, nada impide que esta institución lo utilice.

El segundo problema que nos planteamos, es que en el Distrito Federal, a pesar de que recientemente fue creado un Centro de Justicia Alternativa de carácter público, éste último no se especializará en utilizar el proceso de mediación familiar, además de que su ordenamiento jurídico consistente en Reglas de Operación que únicamente permiten la existencia de este medio alternativo, en el sentido de que estas normas reglamentarias a pesar de tener un carácter general, tienen un grado menor que las Leyes.³³²

Lo anterior, porque una regla de eficacia puramente operativa es de trámite administrativo interno, de tal modo que éstas reglas no regulan la figura de la mediación familiar y su procedimiento, sino que únicamente se limitan a pronunciar las funciones de ese Centro de Justicia Alternativa y sus miembros. A diferencia de una Ley General de Mediación, misma

³³² Cfr. RECASENS SICHES, Luis; *Introducción al Estudio del Derecho*; Editorial Porrúa; México 1997; p. 174.

que por sus características de generalidad, coercitividad y abstracción no se determinaría individualmente al centro o miembro a quien se le imputarán las consecuencias jurídicas que esa norma establece, además de que una Ley regula por igual a todos los casos que impliquen la realización, de su supuesto normativo, sin excluir individualmente a ninguno, y la disposición que contiene no pierde su vigencia por haberse aplicado a uno o más casos previstos y determinados, sino que sobrevive hasta que es derogada mediante un procedimiento igual al de su creación o por una norma jerárquica superior.³³³

El tercer problema que nos hemos planteado, es que si jurídicamente es regulado el convenio derivado de la mediación, la interrogante es: ¿la institución pública podrá como autoridad administrativa autónoma hacer cumplirlo o necesitará forzosamente que un Juez Familiar sea quien lo ejecute?. En este caso nos surge otra cuestión: ¿podrá ser el DIF esa instancia de cumplimiento de convenios?, a pesar de que actualmente en algunas circunstancias no es considerado como autoridad o es considerado como una autoridad imperfecta, debido a que los legisladores no se han preocupado en encontrar su verdadera naturaleza jurídica.

5.1.4 El Acuerdo

Creemos que el acuerdo, resultado de la mediación, trae aparejados tres problemas que a continuación analizaremos:

En primer término, encontramos que derivado de la mediación, el acuerdo puede ser reducido a escritura pública, dependiendo la naturaleza de la problemática planteada, adoptando la forma de un contrato de transacción, el cual ya analizamos en capítulos anteriores, siendo éste obligatorio en lo referente a todos los deberes y derechos que hayan sido acordados, con la posibilidad de solicitar su nulidad o rescisión por su incumplimiento, o bien ejecutarlo mediante la vía de apremio cuando la transacción es celebrada únicamente en

³³³ *Ibidem*; p. 175.

un juicio, sin embargo encontramos que algunos autores opinan que el acuerdo sí puede ser reducido a contrato de transacción, y otros que opinan lo contrario.

Nosotros llegamos a la conclusión, que el acuerdo sí puede ser convertido a contrato de transacción, siempre y cuando no se trate de aquellos impedimentos para transigir o en el caso de menores de edad e incapaces, en donde se necesita previo consentimiento del juez competente. En este caso hemos planteado dos interrogantes, la primera es: ¿quién está facultado para ejecutarlo o requerir su cumplimiento, y mediante qué procedimiento?

La segunda cuestión es: ¿qué sucede cuando ya se está ventilando un juicio en materia familiar, pero las partes deciden someterse al proceso de la mediación?, ¿se podrá dar por concluido el procedimiento judicial a través del resultado de la mediación?

En segundo término, sabemos que la mediación no siempre termina con el conflicto, porque no todo es color de rosa y las partes deciden acudir ante el órgano jurisdiccional a que les “resuelva el problema”. En este caso de acuerdo con los principios de la mediación de un proceso privado todo lo tratado en él no puede ser divulgado, pero en un juicio las partes a efecto de defenderse y desvirtuar lo dicho por la otra parte todo lo divulgan, por lo que nosotros pensamos que este principio no se lleva a cabo, además porque ante una orden judicial el mediador esta obligado a comparecer y a manifestar lo que se le requiera, siempre y cuando no vaya en contra de su ética profesional.

En este sentido, las cuestiones que tenemos son: ¿es viable que lo tratado dentro de la mediación pueda ser utilizado en un juicio posterior?, y en su caso, ¿los centros de mediación públicos tendrían la facultad de emitir recomendaciones ante el Juez competente y qué fuerza se le daría a estas?

El tercer y último problema, es analizar si es procedente la impugnación de las recomendaciones y el convenio derivado de la mediación, de ser así nos preguntaríamos: ¿quién estará facultado y a través de que procedimiento?

5.1.5 Las Recomendaciones

En el punto anterior, mencionamos que cuando la mediación no llegó a su fin y las partes decidieron someterse a la vía jurisdiccional cabe la posibilidad de que el centro de mediación, en especial el público, pueda o no emitir recomendaciones, en este caso nos preguntamos: ¿qué valor les daría el juez familiar a éstas?, y ¿cuáles serán los medios para impugnarlas y qué autoridad será la encargada de resolverlos?.

5.2 Implementación de un Marco Jurídico sobre Mediación Familiar en toda la República

En la primera parte del apartado anterior, pusimos en tela de juicio aquellos problemas que consideramos existen dentro del tratamiento de solución de los conflictos familiares, principalmente cuando son sometidos ante el órgano jurisdiccional, por lo que aquí trataremos de darle solución a efecto de conseguir un medio eficaz que los solucione, evitando las complicaciones que actualmente se presentan dentro de la vía jurisdiccional.

En la segunda parte, planteamos aquellos problemas presentados dentro de la mediación familiar, y que pueden desvirtuar nuestras propuestas o soluciones al caso planteado, por lo que también abordaremos las soluciones que consideramos necesarias al momento de regular esta figura jurídica y que tenga un mayor sustento jurídico.

Sin embargo, puede que existan muchísimas complicaciones más, pero creemos que por el momento tenemos las bases para lograr nuevos estudios al respecto.

5.2.1 Ley General de Mediación Familiar

La posible solución que daríamos al problema actual que presenta el órgano jurisdiccional en el ámbito familiar, es decir para evitar el tiempo, dinero, angustias y nuevas fricciones entre los familiares al tratar de terminar con sus conflictos; es la implementación (aclarando que no

la creación porque casi todo esta escrito), de la figura jurídica de la mediación familiar como proceso alternativo de gestión eficaz de este tipo de conflictos.

Decimos eficaz, porque esta figura como observamos en nuestro Capítulo III, trae aparejada diversas ventajas que dan solución a la problemática de una forma rápida y eficiente, siempre y cuando se cumplan con sus requisitos y del esfuerzo de las partes en darle solución a sus disputas.

Además, porque la administración de justicia debe ser oportuna, ágil y expedita. Por eso de que la justicia lenta no es justicia, la congestión y los problemas de agilidad y oportunidad, deben superarse y evitarse lo mas rápidamente posible.

Amén de lo anterior, creemos que no solo basta la implementación de esta figura, es decir que sea nombrada dentro de Reglas de Operación, del Código Civil o el de Procedimientos Civiles, sino que debe ser regulada como figura y procedimiento, para que tenga fundamentación y motivación jurídica, por lo que proponemos una Ley General de Mediación Familiar, misma que regulará el párrafo segundo del precepto cuarto de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual menciona que: *“El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia...”*

Pensamos lo anterior, debido a que la Ley debe proteger a la familia, luchando por su permanencia, por tanto si la Ley de Mediación tiene como objetivo regular las bases de la figura de la mediación y su procedimiento, como un instrumento eficaz para resolver los conflictos familiares esto permitirá su permanencia, y aunque sabemos que muchas veces resultado de la mediación es una ruptura entre algunos miembros de la familia, verbigracia los esposos cuando mediamos su separación, lo que se logra es que los lazos familiares permanezcan, que al final son los que importan a la sociedad.

Así, que esta Ley protegerá la organización de la familia, es decir que su estructura no se destruya y prevalezcan lazos familiares que hacen posible el buen desarrollo de la sociedad, de

la colectividad y del propio individuo, visto de forma aislada, y como fin último protegerá el buen desarrollo de la familia, entendido como el crecimiento económico, social y psicológico evitando el desprendimiento de nuevos conflictos familiares, los cuales impiden que se cumpla la convivencia que es un objetivo primordial del individuo, de la sociedad y el propio Estado.

Asimismo, la implementación de esta Ley, permitirá que los mediadores y el centro de mediación funcionen con plena integridad y acordes a la ley, prevaleciendo intacto el primer párrafo del artículo 16 constitucional que dice a la letra:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...”

Lo anterior estriba, ya que la función del mediador al tratar de “citar” a las partes en conflicto para mediarlas constituirá un acto, tal vez de molestia para el que no ha acudido a solicitar el servicio, pero que por estar fundado y motivado, no será un acto violatorio a las garantías de cada individuo, sino una salvaguarda a fin de lograr su integración familiar al resolver la controversia en la que vive.

Podría creerse, que con la creación de un Centro de Mediación y de una Ley que regule a esta figura se está atentando contra la primera parte del numeral 13 Constitucional, que señala que: *“Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales...”*

Sin embargo, sabemos que el Centro de Mediación no constituye un juzgado especial, y una Ley General de Mediación es una ley privativa, ya que el primero solo es un centro de carácter público o privado que su objetivo es acercar a las partes en conflicto a resolver su conflictiva por medio de un acuerdo sin ser un juzgado de impartición de justicia, además que los mediadores no son juzgadores, porque de ser así no estarían actuando con base a sus funciones y principios éticos, que más adelante estudiaremos.

En esta tesis decimos, que con esta Ley no se pretende la eliminación de los Tribunales en materia familiar sino su subsistencia, ya que los Centros de Mediación constituyen auxiliares de justicia y no administradores de la misma, sin atentar la esencia de los párrafos segundo y tercero del artículo 17, que dicen:

“Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla...

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...”

En esta tesis, consideramos que será una Ley de Mediación de carácter general y federal, porque la mediación busca aplicarse a todos los gobernados y no cambiar dependiendo al territorio que se encuentre, así su procedimiento seguirá siendo autónomo a las legislaciones aplicables de cada estado, reformándose aquellas que lo ameriten para adecuarlas a una nueva realidad social.

Consideramos que esta ley logrará un mayor acceso a la justicia, ampliará la cultura en la solución pacífica de controversias ante el nuevo milenio que nos enfrentamos, dejando atrás lo formal y rezagado; y fortalecerá el consenso de la equidad y el respeto entre los miembros de una familia.

Además, esta propuesta introduce aspectos pedagógicos y de cambio cultural, buscando siempre una oferta de acceso a la justicia y de eficiencia de los mecanismos de su administración, dentro de un marco de respeto por los principios constitucionales y programáticos del Estado.

Nuestra propuesta de Ley referente a la Mediación contendría los siguientes elementos:

1. Definición y características de la mediación familiar como diligencia o audiencia (cuando se está ventilando un procedimiento judicial) y de la mediación como proceso que termina las diferencias existentes entre los particulares.
2. Características más relevantes de la mediación, con la flexibilidad necesaria para permitir que las habilidades y técnicas más efectivas sean adoptadas por los mediadores mexicanos, así como los conflictos mediables.
3. Las técnicas que serían utilizadas por los mediadores, y que previamente estudiamos.
4. Efectos de la mediación en el procedimiento judicial, de lo que más adelante trataremos, sobre la confidencialidad de la mediación y la posibilidad del centro o institución de emitir recomendaciones.
5. Sobre el proceso de la mediación: Etapas de la mediación familiar (solicitud, trámite y acuerdo) y su duración.
6. Causas de término de la mediación.
7. Definición de los Centros de Mediación, sus características y sus facultades.
8. Definición del mediador, sus características, requisitos, inhabilidades, excusas y recusación.
9. Ejecución del acuerdo: La vía de apremio y medidas de apremio.

Sin necesidad de definir cada elemento, porque en el transcurso de nuestra investigación intentamos hacerlo, diremos únicamente que de tomarse en cuenta e introducirse dentro de la Ley propuesta es factible que de buenos resultados.

5.2.2 Código de Ética

Para la solución al problema de la falta de aplicación de medios alternos para resolver la conflictiva planteada ante un juez de lo familiar, que como hemos visto sucede en algunos casos, proponemos aparejado a una ley de mediación familiar, la creación de un Código de Ética que rija las actividades de los mediadores, y así resuelvan apegados a la ética y a la moral de forma eficaz la problemática planteada no como jueces, pero sí como terceros ajenos a las partes que sin involucrar sentimientos, emociones, intereses materiales o de otra índole, y que tengan por objeto orillarlas a acordar y dar por terminada su conflictiva

Ya que como nos dice la doctrinaria Teresita Rendón Huerta Barrera, *“Aun con la grandeza de los más preciados valores y por muy vasto que sea el entendimiento, el hombre llega a deslumbrarse con los bienes materiales...”*³³⁴

Es por lo que proponemos la creación de un Código Deontológico, mejor conocido como Código de Ética, en el que deben apoyarse aquellos que pretenden ser mediadores, delimitando y regulando así sus funciones y facultades.

Las normas éticas *“son los imperativos absolutos que se refieren a la conducta humana, a un deber hacer, como exigencia”*³³⁵ y al ser contenidas en este Código establecerán reglas de conducta para los mediadores, garantizarán a las partes en mediación un proceso con estricta sujeción a la ética y, promoverán la mediación familiar al público como un sistema confiable de resolución de disputas.

Este Código de Ética propuesto, consideramos que debería incluir:

1. **Autodeterminación de las partes**, es decir que el mediador reconoce y respeta la libre decisión de las partes durante la mediación familiar.

³³⁴ RENDÓN HUERTA BARRERA, TERESITA; *Ética del Juzgador, Consideraciones Fundamentales*; Editado por la SCJN; Segunda Edición; México 1997; p. 57

³³⁵ *Idem*

2. **Competencia del Mediador**, debe estar capacitado para ser mediador y excusarse en caso de que considere que influirán sus sentimientos para llevar a cabo dicho proceso.
3. **Imparcialidad del Mediador**, es decir no debe inclinarse por una u otra parte sino enfocado al Derecho y la justicia, además de que no puede discriminar a las partes.
4. **Conducción del proceso de Mediación**, el mediador debe estudiar que para la solución del conflicto es viable o no la mediación y en su caso hacérselo saber a las partes, también debe explicar a las partes en que consiste este proceso, las alternativas posibles y sus efectos; debe utilizar un lenguaje adecuado y accesible, por último debe velar por los intereses de ambas partes y de los menores e incapaces sin ser juzgador.
5. **Confidencialidad**, no debe divulgar lo tratado en la mediación, ni decirle a la otra parte lo que se le confió previa autorización de aquella, a menos que se trate de un delito o por un mandamiento judicial; pudiendo emitir el mediador recomendaciones, a petición de la parte que hizo la solicitud.
6. **Asesorías**, por regla general estaría prohibido brindar asesorías de tipo legal por los mediadores, pero si las partes lo solicitan podrá hacerlo, previa consulta.
7. **Cualidades del Mediador**, es recomendable que sean abogados, auxiliándose éstos de psicólogos, trabajadores sociales, etc., siempre y cuando estén capacitados para realizar la mediación.
8. **Costos**, recibirán honorarios cuando sean centros privados, en caso de ser públicos está prohibido dar alguna gratificación.
9. **Disposiciones Generales**, que contemplará las sanciones en caso de infringir con algunas de las normas dentro del Código en comento.

Estos son algunas de las características que consideramos que podrá tener un Código Deontológico para quienes funjan como mediadores, pero dejamos abierta la posibilidad de que se creen otras según las necesidades a las que nos enfrentamos.

5.2.3 Las Instituciones Públicas (DIF) y Privadas de mediación familiar

Con el fin de dar solución al problema en México de la falta de la aplicación de los medios alternativos para la solución de disputas, y de cuál será el centro o institución facultada para tal efecto, proponemos que debe existir un decreto que de origen a estos centros públicos o privados de mediación familiar. Aunque sabemos, que al principio causarían erogaciones, después éstas se verán compensadas en la agilidad de resolución de disputas familiares y el ahorro en el gasto en materia judicial, además de que pensamos que disminuirá con el problema del desempleo, ya que esta innovación abre las puertas a más oportunidades de trabajo.

Proponemos que independientemente de que en el Distrito Federal exista un Centro de Justicia Alternativa; exista la posibilidad de que el DIF sea una institución que aplique el proceso de mediación familiar, por sus propias características y por los fines para los que fue creada; especialmente la Dirección de Asistencia Jurídica, ya que como vimos en un principio sus abogados fueron meros Defensores de Oficio, después se convirtieron en mediadores y conciliadores.

Por otro lado, si se requiere el acceso a la justicia y la difusión de estos medios de solución a toda la población, y sabemos que actualmente existen 32 DIF Estatales y 1, 500 municipales; nos lleva a la conclusión que al ser los DIF centros de mediación, se contaría con la infraestructura necesaria sin requerirse erogación de gastos extraordinarios; además de que se difundiría con mayor prontitud tal proceso, así como el acceso a la justicia; más aún, dado que este servicio otorgado por el DIF es gratuito, nada impedirá el fin que se pretende.

En consecuencia, únicamente debería regularse y estructurarse la organización interna del DIF en el área jurídica, para perfeccionar sus funciones de mediación familiar con las bases jurídicas ya propuestas.

También es importante la creación de centros privados como aquellos que se encuentran en Guadalajara y el Estado de México, es decir con sus mismas características pero enfocados únicamente a la materia familiar, así las personas de altos y bajos recursos económicos tendrán acceso a esta forma de solución de conflictos familiares, ya que la mediación no distingue entre razas, sexo, religiones o niveles económicos.

En cuanto a la forma de hacer cumplir el acuerdo de mediación, consideramos que si éste no adopta la forma de un contrato de transacción, se podría facultar a la institución pública (DIF), para hacer valer su cumplimiento forzoso mediante multas u otras aplicaciones administrativas, y hacer efectivo estos convenios, independientemente de la vía ejecutiva que proponemos más adelante, ya que de nada sirve someterse a la mediación si las partes no cumplen el acuerdo al que ellos mismos llegaron y no tendría caso recurrir otro procedimiento.

En esta tesitura también es indispensable, que un decreto considere y reconozca al DIF o a la institución pública de Mediación como una autoridad administrativa con las facultades de hacer cumplir los acuerdos a celebrados ante ella.

5.2.4 La ejecución del Acuerdo y las Recomendaciones

En cuanto a la ejecución del convenio derivado de la mediación tenemos que si este es reducido a escritura pública, como un contrato de transacción no hay problema, porque ya estudiamos que en caso de incumplimiento puede solicitarse su nulidad o rescisión, pero que consideramos que con algunas reformas que más adelante veremos, la transacción derivada de un proceso de mediación ante un centro facultado para ello, podrá ejecutarse mediante la vía de apremio.

Lo anterior se refiere a aquellas posibilidades para transigir y dependiendo la naturaleza de cada caso, sin embargo cuando no lo es así, y las partes no decidieron reducir su acuerdo a una transacción, la solución planteada en un proceso de mediación familiar conlleva dos posibilidades:

La primera de ellas es que las partes podrían ejecutarlo con base al numeral 443 de la Ley Adjetiva Civil, es decir mediante la vía de apremio, siempre y cuando sean sometidos a un proceso de mediación ante un centro debidamente autorizado para utilizarlo.

En este sentido cabe mencionar, que éste es un paso que consideramos pretende el Centro de Justicia Alternativa al señalar en el párrafo segundo del artículo 46 de sus Reglas de Operación, que cuando definitivamente el convenio se incumpla se podrá recurrir a su ejecución en la vía de apremio ante el Juez competente, conforme al Código de Procedimientos Civiles.

La segunda posibilidad, es que si el acuerdo es derivado de la celebración de la mediación celebrada ante un centro público, dicha autoridad administrativa, independientemente de que tenga la posibilidad de recurrir a la tramitación de una vía de apremio ante un Juez competente podría hacerlo cumplir con base a su facultades, es decir lo hará aplicando medidas de apremio siempre fundando y motivando la causa legal de su procedimiento. Situación que no atentará contra los preceptos 14 y 16 de nuestra Constitución, ya que esta institución no obligó a las partes a celebrar dicho acuerdo, por lo que sólo obliga a que se cumpla con lo celebrado ante la misma como autoridad, como ya lo estudiamos en nuestro Capítulo IV.

La solución propuesta al problema de la incertidumbre cuando ya se está ventilando un procedimiento jurisdiccional y las partes recurren también a la mediación, la hemos planteado de la siguiente forma:

En primer lugar, si antes de sustanciarse la audiencia de conciliación prevista en el artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal aplicable en el

juicio ordinario civil y el 943 del éste Código en la vía de Controversias del Orden Familiar, las partes decidieran recurrir a la mediación, el informe escrito del mediador o del Centro de Mediación en el que exprese que las partes han concurrido al menos a una audiencia de mediación, tendría los mismos efectos legales que la audiencia de conciliación establecida en dichas normas procesales, por lo que dará por terminado el proceso jurisdiccional, y dependiendo la naturaleza del juicio se elevará a cosa juzgada (cuando así lo permita la naturaleza del conflicto).

Lo anterior, no significa que la mediación esté sobre el órgano jurisdiccional, ya que ambos buscan la solución a la conflictiva, además de que al juzgador le conviene poner fin al juicio y quitar un expediente más de los acumulados en los archivos de los Juzgados Familiares.

En segundo lugar, tenemos que cuando la mediación es realizada al momento de la presentación de la demanda o en cualquier etapa del juicio y antes de dictada la sentencia definitiva, en este caso se provocarían los mismos efectos anteriores.

En el tema de las recomendaciones, consideramos que el centro de mediación familiar, podrá emitir las siempre y cuando sea a petición de las partes o del juez, tal y como lo estudiamos cuando planteamos la propuesta de una Ley de Mediación Familiar.

Consideramos que no se viola el principio de la confidencialidad, porque si las partes deciden que el centro emita algunas recomendaciones es porque el mediador las trató directamente y en nada afecta que puntualice algunas sugerencias.

Así, el DIF o cualquier centro de mediación podrá emitir estas recomendaciones si así se le es requerido, más si lo es por una autoridad jurisdiccional.

De este modo, tales recomendaciones no podrán ser impugnadas, pues es claro que éstas serán valoradas a criterio del juzgador, tomando en cuenta los principios generales que regulan

las pruebas ofrecidas por las partes durante el procedimiento, y únicamente servirán al juez para acercarse a la verdad. Sabemos por ejemplo, que en un juicio familiar, el juez gira oficios al DIF Nacional solicitando estudios psicológico, socioeconómicos, estadísticas, etc., para allegarse de elementos y determinar su resolución, mismos que por ser derivados de una institución influyen en demasía al dictar su sentencia.

Así que, tomando en cuenta lo establecido por el artículo 278 y el párrafo primero del numeral 288 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mismos que disponen que el Juez para conocer de la verdad sobre los puntos controvertidos puede valerse de cualquier persona, sea parte o tercero y éstos a su vez están obligados a prestar auxilio a los tribunales en averiguación de la verdad, exhibiendo sin demora aquellos documentos y cosas que tengan en su poder cuando sean requeridos; el juzgador y las partes en juicio tendrían plena libertad de solicitar recomendaciones por el Centro de Mediación Familiar y en consecuencia, éste de emitirlas.

Por último, consideramos que el acuerdo que derive del proceso de la mediación no puede ser impugnado mediante algún recurso, ya que si bien es cierto consideramos a la mediación como un proceso, a diferencia de uno jurisdiccional, en la mediación el acuerdo es creado por las partes como un convenio de carácter privado, por lo que consideramos que solo podrá atacarse su validez, nulidad o inexistencia, por error, vicios en el consentimiento, etc. siempre atendiendo a la Teoría General de las Nulidades.

5.2.5 Reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Si bien es cierto, consideramos viable la implementación y regulación jurídica de la mediación familiar en México, es importante destacar que para que esta regulación no quede incompleta o en el aire, o bien que con la creación de Reglas de Operación sólo se regule un centro y no la figura de mediación; creemos indispensable hacer algunas modificaciones a nuestra Ley Adjetiva Civil aplicable en el Distrito Federal, con objeto de cubrir aquellas lagunas jurídicas que quedarían si solo nos enfocamos a una Ley en concreto, además para

regular los efectos jurídicos de la mediación familiar dentro de nuestra legislación.

La primera de ellas, es en cuanto a la ejecución de lo convenios resultado de la mediación, ya sean reducidos a contrato de transacción o no, pero celebrados ante un centro de mediación público que se dedique a realizar este tipo de proceso; en este sentido proponemos que sea éste último quien haga cumplir tales acuerdos aplicando medidas para tal efecto. Pero independientemente de existir o no esta posibilidad considerando a éste centro únicamente como un Ombudsman,³³⁶ sería viable reconocer tales convenios junto con aquellos derivados de un centro de mediación privado, dentro de la sección primera del Capítulo Quinto, de nuestro Código de Procedimientos Civiles denominada de la Ejecución de la Sentencia, principalmente los artículos 500 y 504, que rezan:

“Artículo 500. Procede la vía de apremio a instancia de parte, siempre que se trate de la ejecución de una sentencia o de un convenio celebrado en juicio, ya sea por las partes o por terceros que hayan venido al juicio por el motivo que sea.

Esta disposición será aplicable en la ejecución de convenios celebrados ante la Procuraduría Federal del Consumidor y de laudos emitidos por dicha Procuraduría.”

El primer párrafo de este numeral, consideramos que deberá quedar tal cual, ya que prevé la posibilidad de ejecutar el acuerdo de la mediación cuando ponga fin al procedimiento si es que este ya existe, como lo mencionamos en nuestra propuesta en la ejecución de los acuerdos durante un juicio del ámbito familiar ya interpuesto ante un órgano jurisdiccional.

Sin embargo, independientemente de la imposibilidad de que el centro público de mediación pueda hacer cumplir dichos acuerdos es conveniente que este precepto invocado en su segundo párrafo disponga:

“Artículo 500...

Esta disposición será aplicable en la ejecución de convenios celebrados ante la Procuraduría Federal del Consumidor, de laudos emitidos por dicha Procuraduría y

³³⁶ Figura estudiada en el Capítulo I de la presente Investigación.

convenios o transacciones celebrados ante un Centro de mediación debidamente autorizado para tales efectos.”

Por su parte el artículo 504 que dispone:

“Artículo 504. La ejecución de las sentencias arbitrales, de los convenios celebrados ante la Procuraduría Federal del Consumidor y de los laudos dictados por esta, se hará por el juez competente designado por las partes o, en su defecto por el Juez del lugar del juicio.”

Con lo que pensamos también, que independientemente de que la institución pública de mediación pueda o no hacer cumplir tales convenios este artículo tendría que establecer:

“Artículo 504. La ejecución de las sentencias arbitrales, de los convenios celebrados ante la Procuraduría Federal del Consumidor, de los laudos dictados por esta, y de los convenios y transacciones derivados de un Centro de mediación debidamente acreditado para esta función, se hará por el juez competente designado por las partes o, en su defecto por el Juez del lugar del juicio.”

Lo que nos abre la posibilidad de ejecutar tales convenios mediante la vía de apremio en cualquier momento; asimismo cuando se substanciencie una audiencia previa de conciliación es conveniente obligar al juez a que proponga a las partes, cuando considere que es viable mediarlos, sobre los medios alternos de solución a la conflictiva que existen principalmente la mediación; por lo que es importante que el párrafo tercero del numeral 272-A del Código de Procedimientos Civiles mismo que menciona:

“ Si asistieran las dos partes, el Juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación que estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado. El juzgador preparará y propondrá a las partes alternativas de solución al litigio. Si los interesados llegan a un convenio, el Juez lo aprobará de plano si procede legalmente y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada.”

Sea reformado de la siguiente forma:

“Si asistieran las dos partes, el Juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación que estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado. El juzgador preparará y propondrá a las partes medios alternativos de solución al litigio, incluyendo el proceso de mediación. Si los interesados llegan a un convenio derivado de esta audiencia o de un proceso de mediación durante el procedimiento, el Juez lo aprobará de plano si procede legalmente y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada.”

Sin embargo, como es de nuestro conocimiento, en materia de controversias de orden familiar no existe cosa juzgada, por la misma naturaleza de los conflictos, en este caso el convenio de mediación que ponga fin al juicio no podrá ser elevado a tal categoría, situación que consideramos no afecta lo argumentado en el transcurso de nuestra investigación.

Con esta última reforma, se abre el acceso a la población en general de estos medios alternos de solución a la citada conflictiva, principalmente la mediación familiar, así como su difusión.

CONCLUSIONES

Con el fin de dar por concluido la presente investigación consideramos necesario hacer las siguientes reflexiones puntualizadas de la siguiente manera:

1. La sociedad representa un repertorio organizado de papeles socioeconómicos y psicológicos en el contexto en el que se desenvuelven, para realizar una actividad y vivir en armonía, sin embargo el esfuerzo no siempre es suficiente, subsistiendo conflictos dentro de la misma; de tal modo que el reconocimiento de estos y el esfuerzo de solucionarlos cumplen una función vital, originando que la sociedad luche y se esfuerce por buscar medios y resolver la conflictiva planteada. En este sentido hemos observado que desde el punto de vista conceptual y del análisis social, casi todos los conflictos acaban por resolverse, sea por medio de la violencia, el abandono de la pretensión o de la relación social o la sumisión autoritaria, de manera que toda sociedad presenta una amplia gama de mecanismos informales de resolución, como es la autotuleta.
2. Existen diversos medios para solucionar la conflictiva social mismos que se encuentran dentro de la gama autocompositiva, la heterocomposición, los medios alternos de solución de disputas (RAD), el sistema tradicional, entre otros.
3. Generalmente, cuando se han agotado los medios informales para solucionar una controversia, el sistema más recurrido es el llamado tradicional, es decir el proceso jurisdiccional.
4. Un sistema de resolución de conflictos es eficiente cuando cuenta con numerosas instituciones y procedimientos que permiten prevenir las controversias y resolverlas, en su mayor parte con el menor costo posible, partiendo de las necesidades e intereses de las partes, sobre la base del principio de subsidiariedad, se piensa que él más alto nivel está dado por el sistema judicial

5. El sistema tradicional supone costos económicos, desgaste físico, tiempo y relaciones frustrantes entre quienes desean resolver una conflictiva social.
6. Se deben superar los esquemas convencionales de solución de disputas, entendiendo los medios de resolución de conflictos como instituciones jurídicas que los miembros de la sociedad civil y el Estado tienen a su disposición para resolver controversias susceptibles de transacción sin necesidad de acudir a los tribunales, logrando reducir costos y demoras en el trámite de los procesos.
7. Lo que nos interesa no es introducir formas alternativas, sino las adecuadas para encausar positivamente las disputas, diferentes al sistema judicial, considerándose tales como el arbitraje, mediación y la conciliación; en este sentido la ciudadanía en general, debe reconocer como responsable directa en la solución de sus conflictos, buscando asimismo generar una nueva cultura para la resolución de controversias, a partir no sólo de la práctica de formas alternativas, sino de su interiorización y apropiación por parte de todos los ciudadanos. Es necesario, en consecuencia, pasar del sistema ineficaz o frustrante a un sistema efectivo, ya que la ausencia de mecanismos diversos y adecuados para resolver los conflictos hace que se recurra a los tribunales de justicia en forma irracional.
8. La mediación como proceso alternativo de solución de los conflictos, cumple el papel primordial, ya que la facilidad de acceso a esta y sus bajos costos, son algunas de las características que invitan a los ciudadanos a utilizar los servicios de los mediadores.
9. La mediación es un proceso voluntario, en que un tercero neutral e imparcial, ayuda a las partes a resolver su diferencia. El rol del mediador consiste en facilitar el diálogo entre las partes promoviendo el entendimiento y las ayuda a identificar sus intereses y a indagar en forma creativa acerca de las distintas posibilidades para lograr un acuerdo satisfactorio para todas ellas.
10. La mediación es uno de los medios de resolución de conflictos de mayor utilización en los

- países latinoamericanos durante la pasada década, y en ella existe la autonomía de la voluntad de las partes para buscar la solución de un conflicto que consideren mas adecuada a sus intereses y necesidades, permitiendo al Estado y al sistema judicial establecer un instrumento jurídico ágil y efectivo al servicio de los ciudadanos.
11. Los ámbitos de aplicación de la mediación en diversos países son diversos, principalmente se encuentra en aplicación en el área del comercio, educación, en el ámbito internacional y el ámbito familiar, siendo la empresarial la más evolucionada, ya que es la que le da origen, principalmente en Estados Unidos donde son creados los mecanismos RAD.
 12. Los conflictos familiares involucran a diferentes miembros como son: entre cónyuges y concubinos; entre padres e hijos, entre hermanos y/o cuñados; otros miembros de la familiar, que desencadenan conflictos en las sucesiones, de pensiones alimenticias, sobre la guarda y custodia, divorcios, separación de los padres, adopción, reconocimiento de paternidad, entre otros.
 13. La implementación de los medios alternos de solución de conflictos fomentan principios y valores de convivencia social, como lo son el diálogo, la equidad, la tolerancia, el respeto y la construcción de soluciones de consenso, que favorecen al Estado de derecho.
 14. La Mediación nace con los mecanismos RAD en los años 50's y 70's, evolucionando en casi todos los países del mundo, y es un proceso de gestión orientado a la resolución de los conflictos familiares, a través del cual dos o más personas acuerdan por sí mismas la solución amistosa de sus diferencias, con la asistencia de un tercero neutral y calificado, denominado mediador familiar.
 15. La tercera persona, ajena a la familia, neutral e imparcial que propicie de mediador, ayuda de manera eficiente a la comunicación familiar, cooperando con las partes, en el proceso de negociación a través del cual ellas aspiran a solucionar su conflicto.
 16. La Mediación familiar es un instrumento preventivo para desencadenar conflictos mayores,

quitando los obstáculos en una comunicación efectiva entre los familiares evitando los malos entendidos.

17. La Mediación familiar tiene como principios básicos el de equidad, justicia, libertad y publicidad, y produce un sensible alivio a los juzgados familiares, pues muchos casos los conflictos familiares se solucionan sin haber siquiera entrado dentro del sistema judicial.
18. El mediador utiliza diversas técnicas y métodos de entrevista y de intervención para lograr entablar una comunicación entre las partes y superar las dificultades de la mediación familiar.
19. La mediación familiar soluciona eficazmente las controversias familiares y al propio tiempo descongestiona la tarea de los despachos judiciales, todo con arreglo a la idiosincrasia regional y apego a sus mismas instituciones, radicando parte del éxito en la aptitud (y en la actitud) del mediador en cuestión, y en la predisposición de las partes que voluntariamente se someten a ella.
20. La mediación reconoce antecedentes de prácticas naturales en la cultura mexicana en los últimos tres años con los llamados Medios Alternos de Solución Conflictos (MASC), gracias a la labor de capacitación, divulgación y práctica que vienen realizando profesionales del medio en el área civil, comercial, familiar y comunitaria, la figura ha tenido un desarrollo práctico importante.
21. Existen en México pocas instituciones públicas y privadas encargadas de aplicar la mediación, ya porque fueron creadas para ello o porque de facto la practican, como en Guadalajara, Jalisco, lugar donde se crea el Cenavid, como centro privado de mediación y en el Distrito Federal se creó el Centro de Justicia Alternativa que recientemente opera utilizando la mediación en materia familiar, pero que a pesar de contar con Reglas Operativas que disponen sus funciones son insuficientes para regular la figura de mediación, además de que tienen ciertas irregularidades que ponen en duda la buena aplicación de esta citada figura.

22. En el Distrito Federal y demás Estados existe el DIF y el CAVI, que brindan asistencia jurídica gratuita y de *facto* llegan a funcionar como centros públicos de mediación familiar
23. La conciliación, el arbitraje y el contrato de transacción están íntimamente relacionadas con la mediación, y nos sirven para limitar, de cierto modo a la mediación y tratar de desentrañar su aplicación con base en los propios principios y reglas de las figuras en comento.
24. Son mediables los casos en los que la ley permite transigir, cuando las normas que regulan al arbitraje no lo prohíban; cuando se permita conciliar y los demás casos en que por su naturaleza requieran de una rápida resolución al conflicto, aunque versen sobre menores e incapaces, porque para ejecutar dicho acuerdo puede acudirse ante el Juez de lo Familiar.
25. La mediación familiar en México es normalmente implementada como una de las estrategias para lograr la descongestión de los despachos judiciales y agilizar los términos de expedición de las sentencias por parte de los jueces, ya que uno de los problemas más recurrentes en la Administración de Justicia es la congestión de casos en los tribunales familiares, que se traduce en el tiempo excesivo que toma resolver los conflictos privados, dinero y esfuerzo.
26. La mediación familiar en México instrumenta vías alternativas a la judicial para solucionar controversias en todos los aspectos de la convivencia social, a fin de propiciar la solución de conflictos de manera expedita y menos costosa.
27. La mediación familiar reduce el número de casos que llegan a procedimientos judiciales, así como el rezago en las agendas de los tribunales familiares, establece formas amigables de composición que permiten las relaciones a futuro entre los familiares y crea nuevas fuentes de trabajo e ingresos a los profesionales de México, como una forma de profesionalismo.

28. Proponemos una normatividad que contemple una Ley General de Mediación Familiar, en la cual se cubran todos aquellos aspectos relacionados con esta figura como lo es su definición, sus características, principios, su proceso, los centros de regulación, sus efectos dentro de la legislación civil actual, así como la ejecutabilidad de los acuerdos.

29. Proponemos que el mediador sea un tercero que motive a las partes a solucionar su conflictiva familiar, que sea imparcial y cumpla con las características esenciales de profesionalismo, para lo cual es indispensable la creación de un Código Deontológico o de Ética que establezca su normatividad a seguir dentro del proceso de la mediación.

30. Las instituciones prestadoras del servicio de mediación familiar difundirán la cultura de la mediación y el diálogo entre los funcionarios de los órganos jurisdiccionales a fin de que contribuyan a preservar valores sociales y familiares a través de un adecuado tratamiento de los conflictos con métodos conciliadores que conduzcan a las partes a encontrar soluciones en un ambiente de concordia.

31. El DIF, podría ser un importante organismo público en la aplicación de la mediación familiar, pudiendo hacer cumplir mediante medidas administrativas los acuerdos derivados de la mediación y capaz de emitir recomendaciones cuando no terminó la mediación, debido a que es considerado como un organismo público de buena fe que vela por los intereses de los menores, incapaces, ancianos y en general por la familia.

32. Proponemos la reforma a los artículos 272-A, 500 y 504 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en donde se prevea la figura de la mediación familiar, contemplándose la posibilidad de que los acuerdos reducidos a un contrato de transacción (cuando se permita transigir) o los convenios derivados de este proceso de mediación ante un centro público o privado autorizados para tales efectos, puedan ser ejecutados por un Juez competente mediante la vía de apremio, independientemente de que el centro publico de mediación pueda o no hacerlos cumplir aplicando medias de apremio.

33. Proponemos también, que cuando la mediación no llegó a su fin y las partes decidieron recurrir ante un órgano jurisdiccional a resolver su conflictiva, el centro público emita recomendaciones, mismas que no podrán ser impugnadas por las partes, ya que serán valoradas a criterio del juzgador, tomando en cuenta los principios generales que regulan las pruebas ofrecidas por las partes durante el procedimiento, y únicamente servirán al juez para acercarse a la verdad, con fundamento en el artículo 278 y el párrafo primero del numeral 288 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mismos que disponen que el Juez para conocer de la verdad sobre los puntos controvertidos puede valerse de cualquier persona, sea parte o tercero y éstos a su vez están obligados a prestar auxilio a los tribunales en averiguación de la verdad, exhibiendo sin demora aquellos documentos y cosas que tengan en su poder cuando sean requeridos.
34. Asimismo consideramos, que el acuerdo que derive del proceso de la mediación tampoco puede ser impugnado mediante algún recurso, ya que si bien es cierto consideramos a la mediación como un proceso, a diferencia de uno jurisdiccional, en la mediación el acuerdo es creado por las partes como un convenio de carácter privado, por lo que consideramos que solo podrá atacarse su validez, nulidad o inexistencia, por error, vicios en el consentimiento, etc. siempre atendiendo a la Teoría General de las Nulidades.
35. Con la reforma al artículo 272-A de nuestro Código de Procedimientos Civiles, permitirá que cuando exista un juicio iniciado y las partes deciden someterse al proceso de la mediación llegando a un convenio, éste sea tomado en cuenta por el juez poniendo fin al juicio en cualquier etapa y antes de la sentencia elevándolo a cosa juzgada, siempre y cuando la naturaleza del juicio lo permita, es decir que se trate de un juicio interpuesto en la vía ordinaria civil.
36. Por último sabemos, que la mediación familiar no busca perdedores ni ganadores sino que todos se favorezcan con el acuerdo planteado, evitando buscar quien es el culpable en crear el conflicto sino solucionarlo.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACLAND, Andrew Floyer; *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Barcelona, 1990.
2. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; *Proceso, autocomposición y autodefensa*; UNAM; México 1970.
3. BECERRA BAUTISTA; *El Proceso civil en México*; 5ª edición; Porrúa; México; 1975.
4. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel; *Obligaciones Civiles*; Editorial Harla; México; 1984.
5. BERIZONCE, Roberto O. - *Los medios alternativos de solución de conflictos: bases para su implementación*, Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas de la Universidad de La Plata, Tomo XXXII.
6. BID-CCB; *Una Visión Racional y Estratégica de la Negociación*, Capítulo 3, Bogotá, 1999.
7. BUSH, Robert; FOLGER Joseph: *"La promesa de la mediación"*, Granica, Barcelona, 1996.
8. CALAMANDREI, Piero; *Instituciones del Derecho Procesal Civil*; Tomo I; Traducido por Santiago Sentis Melendo; EJEa; Buenos Aires 1973.
9. CALCATERRA; Rubén R. *La Ley: Suplemento de Resolución de Conflictos*, Buenos Aires, 1996.
10. CÁRDENAS, Eduardo José; *La mediación en conflictos familiares*; Editorial Lumen/Hvmanitas 2ª Edición; Buenos Aires 1999
11. CARNELUTTI, Francesco; *Instituciones del Proceso Civil*; Tomo I; Editorial Buenos Aires; 1959.
12. CASTELLANOS TENA, Fernando; *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*; Trigésimanovena edición; Editorial Porrúa 1998.
13. CHÁVEZ ASECIO MANUEL F.; *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*; Editorial Porrúa; Cuarta Edición; México 2001.
14. COSTA, Mercedes y FAJARDO, Paulino *La Mediación en los conflictos empresariales*, Revista Cambio 16, España, 14 de agosto de 2000.
15. COUTURE, Eduardo J.; *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*; Editorial Depalma; Buenos Aires 1980.

16. CUETO RUA, Julio C; *Nuevos procedimientos para la resolución de disputas en los Estados Unidos*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1991-B-785.
17. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA; 2ª edición; Espasa Calpe; Madrid, 1992.
18. DICCIONARIO MODERNO, LAROUSSE GROLIER; Inglés-Español; Editorial Cumbre; México 1985.
19. FISHER Roger, URY W. Y. PATTON, Bruce: "*Sí... ¡De acuerdo!*"4. Grupo Editorial Norma, 5ta reimpresión. Colombia 1996.
20. FISHER, R.-URY, W. - *Obtenga el sí o el arte de negociar sin ceder*, México, CECSA, 1992.
21. GALINDO GARFIAS, Ignacio; *Derecho Civil, Primer Curso*; Editorial Porrúa; 29ª Edición; México 2000.
22. GARCÍA ARELLANO; *Práctica Forense de Derecho Civil y Familiar*; Editorial Porrúa; México 2000.
23. GIMENEZ-SALINAS I COLOMER; Esther. "*La conciliación víctima-delinquent com a alternativa: riscs i avantatges*". Ponencia presentada en las Jornadas: El Derecho Penal y la víctima:¿A una privatización del sistema?. Barcelona 1987.
24. GÓMEZ LARA, Cipriano; *Teoría General del Proceso*; 8ª Edición; Editorial Harla; México 1990.
25. GOLDSCHMIDT, James; *Principios Generales del Proceso*; Editorial Obregón y Heredia; México 1983.
26. GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián; *Derecho Familiar*; Ediciones Jurídicas y Culturales S.C; México 1988; 3ª edición.
27. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto; *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, México 1997.
28. KELSEN, Hans; *La Teoría Pura del Derecho, Introducción a la Problemática Científica del Derecho*; Editorial Nacional; Segunda edición; México 2000.
29. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM; *Diccionario Jurídico Mexicano*; Editorial Porrúa; México 2000.
30. MAGALLÓN DIEZ MARÍA TERESA; Gaceta 52; Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, marzo 2003.

31. NAVARRO Javier; *Expansión y Empleo; Técnicas de negociación*; Consultor senior de AT Kearney.
32. ORTEGA R. Y COLABORADORES; *La Convivencia Escolar: qué es y cómo abordarla*, Consejería de Educación y Ciencia, Junta de Andalucía.
33. ORTIZ AHLF, Loreta; *Derecho internacional Público*; Editorial Oxford; México 2000.
34. OVALLE FAVELA, José; *Teoría General del Proceso*; Tercera Edición; Editorial Colección Textos Jurídicos Universitarios; México 1997.
35. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; *Diccionario De La Lengua Española*; Decimonovena Edición; Tomo II; Editorial Real Academia Española; Madrid 1970.
36. RECASENS SICHES, Luis; *Introducción al Estudio del Derecho*; Editorial Porrúa; México 1997.
37. RENDÓN HUERTA BARRERA, TERESITA; *Ética del Juzgador, Consideraciones Fundamentales*; Editado por la SCJN; Segunda Edición; México 1997
38. ROJINA VILLEGAS, Rafael; *"Derecho Civil Mexicano"*; 22ª Edición; tomo I; México 1999; Porrúa.
39. SUAREZ, Marínés; *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Ediciones Paidós, Buenos Aires, 1996.
40. URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo; *El Arbitraje en México*; Colección de Estudios Jurídicos; Editorial Oxford; México 1999.

LEGISLACIÓN

41. Boletín Judicial, Órgano del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal del día 02 de septiembre de 2003 y 24 de noviembre de 2003.
42. Código Civil para el Distrito Federal
43. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal
44. Código Federal de Procedimientos Civiles
45. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
46. Estatuto Orgánico del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia
47. Ley de Navegación

48. Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
49. Ley Federal del Trabajo
50. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
51. Nuevo Código Penal para el Distrito Federal
52. Poder Judicial de la Federación y SCJN; *Jurisprudencia y Tesis Aisladas de junio 1917-abril 2002; IUS 2002*; México

PÁGINAS CONSULTADAS DE INTERNET

53. www.adr.org/index2.1.jsp
54. www.arbiter.wipo.int/mediacion/index.es.html;
55. www.aryme.com
56. www.cadre.com
57. www.camsantiago.com
58. www.cenavid.com.mx
59. www.ezedas@citynet.net.ar
60. www.fundacionlibra.org.ar
61. www.i-comercio.com.mx/who.html
62. www.inter-mediacion.com
63. www.larioja.org/web/centrales/servicios_sociales/familia/
64. <http://www.mediacioneducativa.com.ar/>
65. www.medyar.com
66. www.preforientfam.com
67. www.servilex.com.pe/arbtraje/colaboraciones/historiaciac.html
68. www.tribunal.org/Mediacio%20de20conflictos.html

"Nosotros somos lo que soñamos..."