

308909

29-
2ej

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

**FACULTAD DE DERECHO
INCORPORADA A LA U.N.A.M.**



**MEDIACION Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS
DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

EDGAR KLEE MÜDESPACHER

ASESOR DE TESIS: DR. GONZALO URIBARRI CARPINTERO

MEXICO, D. F.

1999

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

277086



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.

DEDICATORIAS

A mis padres, que con su ejemplo siempre me han enseñado el camino correcto.

A Maya, por su apoyo y comprensión en todo momento.

A mis abuelos Fernando y Omi, por que siempre los recuerdo.

A mi Opa, por el gran cariño y admiración que le tengo.

AGRADECIMIENTOS

Al Dr. Gonzálo Uribarri, Dr. Juan González Alcántara, Dr. José M. Barragán, por el tiempo y apoyo recibidos para la realización de este trabajo.

A mis compañeros, y amigos de la generación 1992-1997.

A todos las demás personas que conozco con quienes tengo el gusto de compartir una gran amistad.

MEDIACIÓN Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

INDICE

	Página
Indice.	1
Lista de abreviaturas	6
Introducción.	7
Capítulo Primero.	
Mediación y Los Medios Alternativos de Solución de Controversias.	
1.1 El entorno mundial y la mediación	9
1.2 Medios de solución de Conflictos	13
1.2.1 El Conflicto	13
1.2.2 Medios de solución de Conflictos en General	17
1.2.3 Autotutela	18
1.2.4 Auto composición	19
1.2.4.1 Desistimiento	21
1.2.4.2 Allanamiento	22
1.2.4.3 Transacción	23
1.2.4.4 Conciliación	24
1.2.4.5 Negociación	29
1.2.4.6 Mediación	34
1.2.5 Heterocomposición	34
1.2.5.1 Arbitraje	35
1.2.5.2 Proceso Mercantil Convencional	36
1.2.5.3 Proceso Judicial	37
1.2.5.4 Amigable Composición	38
1.3 Crisis del sistema judicial	39
1.3.1 Decadente impartición de Justicia	41
1.3.2 Sistema legislado fuera de época	42

1.3.3	Imposibilidad del Estado para resolver litigios específicos	43
1.3.4	Deseo de armonía entre las partes	43
1.4	Los métodos alternativos de solución de controversias como respuesta a la deficiencia judicial	46
1.5	Breves consideraciones históricas de los Medios alternativos de Solución de Controversias	48
1.6	Concepto de Medios Alternativos de Solución de Controversias	49
1.7	Características y Ventajas de los Medios Alternativos de Solución de Controversias	50
1.8	Criticas a los Medios Alternativos de Solución de Controversias	55
1.9	Argumentos a favor de los Medios Alternativos de Solución de Controversias	61
1.10	Medios Alternativos de solución de controversias en específico	62
1.10.1	Juicio Privado (Rent a Judge)	62
1.10.2	Pequeño Juicio (Minitrail)	64
1.10.3	Mediación-Arbitraje (Med-Arb)	68
1.10.4	Juicio Sumario (Summary Jury Trial)	68
1.10.5	Solución por especialistas (Special masters)	69
1.10.6	Consultas	70
1.10.7	Arbitraje derivado (Court Annexed Arbitration)	70
1.10.8	Oyente Natural	71
1.10.9	Determinación por experto neutral	71
1.10.10	Decisión no obligatoria	72
1.10.11	Adaptación de Contratos	72
1.10.12	Los buenos Oficios	73
1.10.13	La investigación	73

Capítulo Segundo

La Mediación

2.1	El por que de la mediación	75
-----	----------------------------	----

2.2 Historia de la mediación	76
2.3 Definición de la Mediación	82
2.4 Objetivos de la Mediación	84
2.5 Características de la mediación	86
2.5.1 Voluntariedad	87
2.5.2 Flexibilidad	88
2.5.3 Confidencialidad	91
2.6 Ventajas de la Mediación	93
2.7 Desventajas de la Mediación	94
2.8 Principios de la Mediación	97
2.9 Conflictos que pueden ser objeto de la mediación	98
2.10 mediación comparada con otras figuras	102
2.10.1 Conciliación	102
2.10.2 Arbitraje	105
2.10.3 Procedimiento convencional	105
2.10.4 Negociación	107
2.11 El mediador	107
2.11.1 Selección y capacitación de los mediadores	112
2.12 La cláusula y el contrato preparatorio de mediación	120
2.13 El contrato de mediación	131
2.14 El contrato de prestación de servicios profesionales	136
2.15 Etapas de la mediación	141
2.15.1 Introducción	142
2.15.2 Planteamiento de Hechos y declaraciones de los participantes	144
2.15.3 Discusiones conjuntas	145
2.15.4 Coloquios o Caucus	146
2.15.5 Negociaciones conjuntas	148
2.15.6 Toma de decisiones y redacción del acuerdo	151
2.15.7 Revisión y proceso legal	154
2.16 El acuerdo de mediación	156

2.17 El Convenio Judicial	160
2.18 La transacción	161
2.19 Supuesto en el que la mediación no culmina en un acuerdo	168
2.19 Ejecución del Convenio alcanzado	168
Capítulo Tercero	
Hacia una nueva cultura de solución de controversias	
3.1 Tratamiento de la mediación oficial o anexa a los juzgados	175
3.1.1 Argentina	175
3.1.2 Estados Unidos	176
3.1.3 España	183
3.1.4 Australia	185
3.1.5 Colombia	186
3.2 Cultura de mediación en México	187
3.2.1 Ley de Justicia alternativa del Estado de Quintana Roo	189
3.2.2 Código Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León	191
3.2.3 Asociación Mexicana de mediación y arbitraje comercial	192
3.2.4 Centro de Resolución de Controversias EUA-México	193
3.2.5 Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas	194
3.2.6 Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México	194
3.2.7 Fundación Centro de Atención para Víctimas del delito	194
3.3 Centros de mediación privados y comunitarios	196
3.4 Propuesta de reforma	198
3.5 Mediadores oficiales y el cuerpo de mediación judicial	208
3.6 Texto proyecto de reforma	209
Conclusiones	216
Bibliografía	231
Anexo 1 Ley de Justicia alternativa de Quintana Roo	236
Anexo 2 Reglamento de Mediación de la Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial	241

Anexo 3 Reglamento del Centro de Resolución de Controversias EUA-México	245
Anexo 4 Reglamento de arbitraje y mediación comercial para las Américas	249
Anexo 5 caso Práctico	253

LISTA DE ABREVIATURAS

AMMAC	Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial
C.C.	Código Civil
C.P.C.	Código de Procedimientos Civiles
CANACO	Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México
CCI	Cámara de Comercio Internacional
COM	Código de Comercio
CRC	Centro de resolución de Controversias EUA-México
MASC	Medios Alternativos de Solución de Controversias

INTRODUCCION

El crecimiento de la población, el incremento en el intercambio comercial, el aumento en la tecnología, el avance en los medios de comunicación son constantes de nuestro mundo actual, que reflejan el fenómeno de la globalización. Dicho fenómeno esta produciendo una serie de cambios en nuestra forma de conducirnos y de pensar, por lo que el Derecho esta necesitado de acoger dichos cambios para continuar otorgando la debida celeridad y seguridad jurídica en todas las relaciones que surgen hoy día.

Es por esto que, en este fenómeno de globalización, cualquier país deberá afrontar el reto de mejorar sus economías, sistemas jurídicos, seguridad social, etc., por lo que debe modernizarse y agilizar sus funciones, para lograr así un verdadero desarrollo sostenido.

En este marco, todo Estado deberá contar con un sistema de solución de controversias que responda a esta necesidad de celeridad en un ámbito de una justicia realmente expedita; es por esto que todo sistema de impartición de justicia deberá ser lo suficientemente adecuado, preparado y flexible para afrontar el reto que se tiene en frente.

Es en este sentido que la ciencia del Derecho, en conjunción con otras como puede ser la sociología, sicología, han desarrollado nuevas corrientes y enfoques en lo que respecta al manejo, prevención y solución de los conflictos.

Como resultado de lo anterior, se han creado una serie de mecanismos alternativos resolutores de conflictos cuya función principal es la de resolver una situación de controversia en un marco de mayor confidencialidad, menores costos y mejores resultados. Estos medios, al ser alternativos, son una gran ayuda para descongestionar los tribunales.

Es así, como en los Estados Unidos a partir de finales de los años 60 se implementaron sistemas alternos a la justicia estatal, y este movimiento ha sido recogido en varios países como son Argentina, Colombia, España, Canadá, Australia, Israel.

Ahora bien, el sistema jurídico de nuestro país se encuentra un poco retrasado en cuanto a la implementación de estos sistemas alternativos de justicia, solamente se encuentran ciertas figuras como son la transacción, conciliación y el arbitraje, las cuales, en los dos primeros casos no están totalmente desarrolladas ni producen los resultados deseados como medios resolutores, y por su parte el arbitraje en sí puede presentar ciertos rasgos de formalismos y gestarse en un marco adversarial, por lo que sufre de las desventajas del propio procedimiento Estatal.

Asimismo, en un análisis de nuestro sistema de impartición de justicia, encontramos que el Poder Judicial se encuentra rebasado en la difícil tarea de resolver litigios en un marco de celeridad y eficiencia, por lo que es necesario buscar alternativas para lograr una mejor resolución de los conflictos.

Es por esto que este trabajo está enfocado al análisis en su primer capítulo de los medios de solución de controversias, pasando por los que se encuentran en práctica hoy día en nuestro sistema, a aquellos que se utilizan con gran éxito en otros países. En este capítulo se observan las bondades, ventajas y también desventajas de la utilización de estos medios alternativos de solución de controversias.

Posteriormente, en el segundo capítulo, se hace el estudio de la mediación como medio alternativo de solución de controversias, que debido a sus propias características puede comenzar a ser utilizado en nuestro país con una gran posibilidad de desarrollo y de cumplimiento de expectativas de solución. Es así como se estudia su naturaleza jurídica, las etapas de la misma, su resultado, que sería un acuerdo de mediación, y la posibilidad de ejecución de este de conformidad con el marco regulatorio actual.

A continuación, se desarrolla el estudio, en un tercer capítulo, de la implementación oficial de la mediación en otros países, de su incipiente utilización en México, pasando a establecer el reconocimiento de la mediación en nuestro propio sistema jurídico, por lo que se hace un a serie de propuestas de reformas legales las cuales permitirán el uso de este medio alternativo, otorgando una mayor celeridad en la impartición de justicia.

CAPITULO PRIMERO.

LA MEDIACIÓN Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

1.1 El entorno mundial actual y la Mediación.

El crecimiento neto de la población mundial está aumentando actualmente a razón de un millón de personas cada 4 ó 5 días, este crecimiento demográfico está cargado de una serie de implicaciones para la humanidad, que, aunado a las migraciones, los conflictos étnicos y económicos, crean una nueva topografía universal.

Frente a este universo complejo se encuentra la necesidad de buscar nuevos modelos teóricos, marcos de referencia que ayuden a explicar los fenómenos que hoy suceden.

Esta búsqueda, supone un nuevo modo de enfocar antiguos problemas, lo que puede crear resistencia y conmoción, porque se cuestionan los conocimientos laboriosamente adquiridos con anterioridad.

En este sentido, hace un par de décadas, la concepción del universo y la ubicación del ser humano en él han comenzado a cambiar de forma espectacular. Hoy día, nuestro mundo está en continuo movimiento, situándose en un entorno globalizador que ha creado nuevas problemáticas no previstas que necesitan ser resueltas con flexibilidad y reconociendo las desigualdades y diversidades de las partes en conflicto.

En este orden de ideas, María Oyhanarte expresa que "la situación actual es paradójica. La complejidad y el carácter altamente técnico de los problemas estimulan a la centralización para su análisis y solución. Al mismo tiempo, existe un creciente clamor por la descentralización, la autonomía regional y una mayor participación de sus ciudadanos. Estos dos enfoques son las dos caras de una misma moneda, quizá problemas de crecimiento en la transición del estado hacia alguna clase de nuevo sistema mundial. El fin de la guerra fría marca quizá el comienzo de una posibilidad de búsqueda de consenso. Porque así los problemas se vuelven más globales, la posibilidad de resolución nacional es más difícil. Crece la responsabilidad de coordinar y armonizar esfuerzos."¹

Esta transformación se está presentando e interrelacionando en todas las áreas del actuar humano, teniendo como ejemplo:

¹ OYHANARTE María, Los nuevos paradigmas y la mediación, 1ª Ed., Ed. Paidós, Buenos Aires, 1996 p. 21.

a) La economía

Se ha creado un denominador común llamado economía de mercado lo que ha disminuido el número de economías nacionales y ha dado un tamiz globalizador a la vida social.

El fenómeno de crecimiento económico ha hecho posible el aumento del consumo per cápita así como ha sido impulsor del crecimiento en ciertas regiones de nuestro planeta, observándose una brecha entre países desarrollados y aquellos en vías de desarrollo, dándose una ampliación en el margen que separa a los que tienen mayor riqueza de los que no la detentan.

Es en este entorno en donde las pautas de consumo comienzan a variar y las exigencias se centran en la calidad de los bienes y servicios, siendo el ideal de hoy día la diversidad debido a la heterogeneidad del nuevo sistema de creación de riqueza.

Asimismo, se puede afirmar que debido al fenómeno de globalización se ha comenzado a disolver el concepto de soberanía nacional y por lo tanto, el Estado, lo que a dado lugar a unidades más grandes, como comunidades económicas, y a la vez el resurgimiento de comunidades locales con nacionalismos exacerbados.

Por todo lo anterior, es probable que los conflictos en un mundo dominado por bloques comerciales, sean muy distintos a los que se dan en el mundo actual, por lo que va a haber una tendencia a un crecimiento de conflictos entre cuatro unidades:

1. Entre los Estados.
2. Entre las regiones económicas
3. Entre los organismos encargados de manejar el flujo de créditos e inversiones, y.
4. Entre las empresas transnacionales.

b) La ecología

Un elemento altamente creador de conflictos hoy en día es el nuevo orden ecológico mundial. La concepción de que la naturaleza por sus propios medios neutralizaría los desechos producidos por el hombre es errónea y, cada vez hay más personas que creen en el impacto destructivo e irreversible del hombre frente al medio. Ante esta situación se han creado movimientos ambientalistas y conservacionistas que ejerciendo presión obligaron a algunos gobiernos a legislar en la materia.

c) La educación

Las metodologías antiguas han convertido a la enseñanza en una máquina neutralizada por la apatía del alumno, situación que está cambiando con la introducción de medios electrónicos dentro de este rubro, por lo que con el torrente de información las ideas se modifican a medida que los nuevos conocimientos se extienden.

d) Los medios de comunicación

Otro aspecto del avance tecnológico es el de la comunicación, que ha producido que las fronteras sean inexistentes, así como han aumentado la posibilidad de que millones de personas tengan desde sus casas y lugares de trabajo la posibilidad de ser parte activa en la vida en sociedad.

Así es como el avance en las vías de comunicación han transformado las condiciones de vida, despertando una conciencia que represente una expansión del poder que cada uno tiene en relación con la trama social, cultural y económica en la cual se desenvuelve.

En estos entornos de grandes cambios se van a generar, como en toda relación humana, situaciones de conflicto en donde los sistemas tradicionales de solución de conflictos se pueden volver obsoletos.

Lo anterior, debido a que dichos medios tradicionales fueron diseñados para una sociedad más simple que la actual, en donde hay tantos y tan diversos intereses, por lo que parecen entrar en crisis y se ven rebasados por a la creación de nuevas formas de solución de controversias, impartidas en un principio por instituciones de la sociedad civil y posteriormente recogidas por el propio Estado.

Asimismo, el Derecho ha creado la presunción de que es mejor que una autoridad decida los conflictos interpersonales a que los resuelvan las partes directamente, siendo esta la razón por la cual no se ha desarrollado en el ámbito de la ciencia del Derecho la búsqueda del entendimiento del conflicto desde un punto de vista más humano.

Por tanto, es necesario el estudio y la difusión de instituciones jurídicas que den respuesta a las necesidades de resolución de controversias generadas en este marco globalizado y moderno.²

Un ejemplo de este movimiento en el marco de los medios de solución de conflictos, lo encontramos en la llamada CUMBRE DE LAS AMERICAS celebrada en el año de 1994, en la cual se dejó claro que el éxito de la apertura comercial global y en particular la de América Latina, deberá acompañarse de un desarrollo sustentable, una eliminación de la corrupción en todos sus niveles y de una reforma y precisión en el desarrollo del poder judicial; teniendo esto un aumento importante en la claridad y en la confianza entre socios comerciales.

El aspecto de importancia para tratar en este caso, es el de la reforma del poder judicial y una de las propuestas para llevar a cabo esta fue la de incorporar a los sistemas jurídicos la figura de los MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS (MASC).

En este sentido, se han observado esfuerzos de Paraguay, Uruguay, Colombia, Bolivia, Perú, Argentina; Chile y por supuesto México en el cambio a una cultura no contenciosa y sí conciliatoria.

Lo anterior responde a que en el procedimiento litigioso común es claro observar que una de las partes siempre pierde y esto causa una insatisfacción, aunado a un proceso formal, un excesivo gasto de tiempo y en muchas ocasiones la incapacidad de resolver el problema entre las propias partes, las cuales son relegadas en el proceso, tomando la estafeta del mismo los abogados y jueces, siendo estos los últimos destinatarios del control del litigio. En este proceso formal surge un abandono en el interés de las partes por solucionar el conflicto y lo que únicamente se desarrolla es un enfrentamiento directo de intereses y una defensa aferrada de posiciones, implicando en muchas ocasiones la pérdida de las relaciones con la contraparte.

² Es necesario remarcar que dentro de dichas instituciones jurídicas se encuentra una esfera de instituciones alternativas al proceso litigioso común o MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS por sus siglas en inglés (*Alternative Dispute Resolution*), creadas para la solución de conflictos de una manera más eficiente y rápida, teniendo como ejemplos de estas al Arbitraje, la Mediación, la Negociación, los "Minitrials", los "Summary Jury Trials" y una serie de híbridos derivados de la combinación de estos últimos.

Surge así un interés tanto por parte de abogados, jueces y empresarios de usar medios alternativos de solución de controversias en el cual exista un planteamiento del conflicto por las partes, conservando intereses comunes, identificando las opciones para la solución de los problemas y llegando a acuerdos de reconocimiento expreso entre las partes.

1.2 Medios de solución de conflictos

Antes de entrar al análisis de los medios alternativos de solución de conflictos en específico, es necesario analizar qué es un conflicto y realizar una clasificación y un breve estudio de los medios de solución de los mismos.

1.2.1 El conflicto

En la vida rutinaria, las personas están interrelacionándose unas con otras con base en acuerdos de voluntades, o bien en el cumplimiento eventual de sus obligaciones, naciendo así una serie de relaciones humanas que siempre tenderán a buscar un desarrollo satisfactorio.

Estas relaciones se generan como resultado de la iniciativa de los miembros de una sociedad de satisfacer entre ellos algunas necesidades, siendo éstas el elemento externo que origina toda relación humana, mismas que se deben realizar de conformidad con los principios de equidad y justicia, cumpliendo así la finalidad por la cual se inició.

Ahora bien, dichos vínculos o interrelaciones están regulados por el Derecho, siendo este el rector de la conducta humana, en tal sentido el autor Ugo Rocco dice que “la actuación del derecho cualquiera que sea la persona y cualquiera que sea la forma en que se haga, se opera siempre mediante un juicio lógico, un silogismo, del cual la norma jurídica es la premisa mayor, el acto que se determina a cumplir para la satisfacción del propio interés, la premisa menor, y la ejecución del acto, y sus consecuencias la conclusión”³

³ ROCCO Ugo, Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo 1, Ed. Themis, Bogotá, 1969, p.18.

En este sentido, toda relación humana implica un choque de intereses, de fuerzas, los cuales pueden ser mantenidos en equilibrio, como podría ser al cumplir con lo pactado en un contrato, o bien puede mantenerse desbalanceado este choque de fuerzas, como podría ser por un incumplimiento de una obligación, generando así un conflicto; es el Derecho el instrumento que facilita la comunicación directa entre las partes en un conflicto.

De lo anterior se desprende que al examinar diversos casos o situaciones de la realidad jurídica, se nos mostrara evidente ese choque de fuerzas, por ejemplo, en el matrimonio entre el marido y la mujer, en la compraventa entre el comprador y el vendedor, etc., y el punto de equilibrio de dichas relaciones implica la subsistencia de dichos vínculos y la estabilidad de los mismos, por el contrario el choque violento de dichas fuerzas ocasionará el rompimiento del equilibrio, y por lo tanto de la relación misma.

En este sentido, cuando existe una falta de equilibrio entre los vínculos eventualmente surge un conflicto de intereses, entendiéndose éste como una desavenencia que surge entre las partes integrantes de un vínculo, por lo que no se tiene el final deseado al surgimiento de la relación debido a cuestiones propias de ésta o bien por elementos externos de la voluntad de las partes.

Es así como surge un litigio, siendo una de las manifestaciones de la conflictiva social, pues es el choque de fuerzas contrarias que se presenta en una relación, lo anterior Carnelutti lo define como “el conflicto de intereses calificado por la pretensión de unos de sus interesados y la resistencia del otro”.⁴

Este conflicto es un combate, una lucha, un enfrentamiento que en el lenguaje común se asocia con antagonismo, diferencias o discrepancias, por lo que la palabra conflicto denota modos de pensar o emociones o conductas.

Ahora bien, en estas interrelaciones humanas no hay que perder de vista que para cada una de las partes existe una realidad, es decir no hay una realidad absoluta, lo anterior se explica por que cada ser humano es un individuo, sus comportamientos específicos varían ante los mismos estímulos, por lo que cuando reaccionamos al mundo exterior en realidad no reaccionamos al mundo exterior como tal, sino a nuestra representación del mismo.

⁴ CARNELUTTI Francesco, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Ed. Harla, México, 1997, p.lxvi

Es por esto que un conflicto puede manifestarse en cualquiera de los procesos que intervienen en las formas en que captamos y reaccionamos al mundo, siendo estos procesos la percepción, la representación, la decisión y la comunicación.

Por lo anterior, cuando surge un conflicto, este puede ser uno interno, que no se manifiesta más que por la toma de determinada actitud del ser conflictuado frente a su mundo, o bien se puede generar por la conducta de un humano respecto a otro en una situación de su mundo exterior, o bien puede surgir a partir de un suceso del mundo exterior que significa para dos o más humanos conflictos internos que requieren realizar ciertas conductas frente a la situación de su mundo exterior que genera el conflicto, por lo que el conflicto puede tener una dimensión en el mundo interior y otra en el mundo exterior respecto a otro humano.

Así tenemos que el ser humano para sí tiene una realidad subjetiva, que puede ser antagónica a la de otro ser humano, por lo que al momento de pactar o celebrar una relación entre ambos crean una realidad objetiva, la cual se construye mediante la comunicación y la negociación. Cuando dicho pacto se mantiene en equilibrio el grupo social progresa y se mantiene estable así como la relación cumple su fin, pero cuando no se mantiene en equilibrio la sociedad entrará en crisis o se estancará, y la relación no llegará al fin esperado.

En este orden de ideas, al existir una ruptura en un vínculo producido por un choque entre dos intereses, se rompe una relación que es necesaria restablecer, por lo que los medios de solución y prevención de controversias aparecen en este instante como el remedio al problema que afecta a la relación, presentándose como los medios para que prevalezca el objeto de la misma y no termine por desvirtuarse y destruirse, toda vez que estos medios utilizan la negociación como la forma más humana de comunicarse cuando existe un conflicto.

Ahora bien, ante esta situación la actuación espontánea del Derecho debiera ser la regla general y los particulares deberían utilizar la negociación y los métodos extrajudiciales como la conciliación y arbitraje para resolver dicho conflicto, pero en el mundo actual la regla general es la resolución del litigio por la vía procesal, mientras que la excepción es el arreglo directo, por lo que el proceso es el medio jurídico de actuación forzada que se emplea con más frecuencia.

En un principio, la búsqueda del restablecimiento de la relación después de un conflicto se lograba por medio del uso de la fuerza de la parte ofendida, aplicando como instrumento de venganza sobre la otra que se le consideraba ofensora, situación que producía mayores desavenencias, injurias y muertes.

Posteriormente, surgió como un medio de solución de controversias más evolucionado la justicia por compensación, en donde la parte ofendida y el ofensor se reunían para convenir el método por el que se resarcía el daño de una forma directa, mediante la entrega de un bien o el reconocimiento de un derecho. Con el paso del tiempo, este medio fue rebasado por la complejidad de las relaciones humanas, y por que en ocasiones se consideraba que la compensación resultaba insuficiente para el ofendido o excesiva para el ofensor, por lo que llegó a ser inapropiado.

Siguiendo con esta evolución, se utilizó un elemento nuevo, el tercero ajeno a la controversia que daba la solución al caso y resolvía señalando el modo o los medios que se considerarían como necesarios para el resarcimiento al daño producido.

Lo anterior se dio en el entorno de la organización familiar, en la cual “el patriarca con sus consejos, el culto a la sabiduría de la ancianidad; el respeto por el padre o cabeza de familia, la misma relación parental y los vínculos provenientes de la amistad surgieron como nuevas formas de conciliación o avenimiento, pues cada uno en su ocasión y destino procuraba no afectar la pacífica vida en Común”.⁵

Es así como las soluciones de controversias se dan en una figura de rectitud, honestidad, prudencia y sabiduría, teniendo una verdadera *Auctoritas* el que resolvía, con la suficiente fuerza moral para vincular a las partes al resultado obtenido.

Después, al surgir el Estado moderno, éste toma como propio el instrumento resolutor de controversias y autotutela la justicia, por lo que el propio Estado toma el papel de aquel tercero componedor de la relación trastornada y mediante su *Potestas* le da la fuerza necesaria a la sentencia producida para que en bienestar de la misma sociedad y con el ideal del orden público fuera cumplida en su totalidad.

⁵ GOZAINI Osvaldo Alfredo, “ Alternativas Diferentes del Proceso Judicial para la Solución de las Controversias”, *Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, N°14, 1995 p.37.

En este sentido el proceso se convierte como el medio formalmente establecido para resolver los conflictos entre particulares, dado que éstos no acuden a la autocomposición al emplear de métodos extrajudiciales para solucionar sus desavenencias.

Ahora bien, al entrar el Estado en el monopolio de la resolución de controversias, éste tuvo que utilizar un medio por el cual se legitimara y a la vez se produjera la coacción pública de obediencia, el cual es la ley, por lo que los procesos se vieron totalmente envueltos en un formalismo, de esta manera se hicieron a un lado los medios privados para solucionar conflictos, pretendiendo que el Estado genere el elemento de confianza y sumisión.

Sin embargo, con el transcurso de los siglos, este procedimiento rígido y formalista se está empezando a anquilosar, por lo que existen situaciones y realidades que hacen dudar de la prevalencia y conveniencia de éste, lo que produce que se tomen en cuenta de nuevo los instrumentos privados de solución de controversias.

Es por lo anterior que hoy día ha surgido una corriente de creación y uso de métodos alternativos de solución de conflictos, que ha producido reformas legislativas en varios países para incorporarlos como una forma de lograr la descongestión de los tribunales.

1.2.2 Medios de solución de Conflictos en General

En general los medios para solucionar los conflictos de intereses se dividen en tres grandes grupos: la autotutela, la autocomposición, la heterocomposición⁶, pudiéndose clasificar en medios parciales e imparciales, siendo los primeros la autotutela y la autocomposición, toda vez que la solución va a ser dada por una o ambas partes en conflicto, y dentro de los segundos encontramos a la heterocomposición, en donde la solución proviene de un tercero ajeno a la controversia.

⁶ La solución de conflictos de intereses jurídicos es una función que históricamente ha tenido varias desembocaduras: A) La primitiva, la llamada autodefensa, autotutela o defensa extrajudicial, que para fortuna ha sido prohibida tajantemente por la Constitución Mexicana en su artículo 17. B) la autocomposición en sentido restringido, caracterizada solventar el enfrentamiento con el sacrificio propuesto del interés propio, dejando subsistir el interés ajeno, como en la donación, la cesión de derechos, a renuncia o desistimiento de la pretensión, el allanamiento. C) la fórmula mejor y más utilizada creada, el proceso jurisdiccional, como la llamaba Carnelutti "la justa Composición del litigio". D) el sector de soluciones semejantes al juzgamiento precedente del órgano oficial judicial, que han sido clasificados como "equivalentes jurisdiccionales" o denominadas también por Carnelutti como "equivalentes procesales" en una amplia lista que abarca el proceso extranjero, el reconocimiento de la sentencia arbitral extranjera, el proceso eclesiástico, la autocomposición de la litis, la renuncia, el reconocimiento, la transacción, la composición procesal, la conciliación y el compromiso, así como los excluyentes o sustitutivos del proceso.

Algunos de estos medios han sido considerados por la legislación y otros se han desarrollado de muy diversas maneras, ajenas a un control legal, sin embargo, los unos no excluyen a los otros, al contrario, deben ser examinados todos como complementarios y paralelos en virtud de que comparten el mismo fin que les da origen, que es la búsqueda de la justicia.

A continuación analizaremos brevemente esos tres medios de solución de conflictos.

1.2.3 Autotutela

La Autotutela consiste en la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno, resolviendo el conflicto mediante una acción directa dirigida al oferente, sin permitir la intervención de éste o la de un tercero.

En este orden de ideas, la autotutela es una forma de resolver un conflicto que se puede calificar como egoísta y primitiva que brinda solamente una solución parcial⁷, ya que la controversia se resuelve no en razón de a quien le asiste el derecho, sino en función de quien es más hábil, fuerte o cuenta con mayores capacidades.

En virtud de lo anterior, se pueden observar que las características distintivas de la autodefensa son:

- i) La ausencia de un tercero ajeno a las partes, quien trate de buscar una solución y esté obligado a resolver.
- ii) La imposición de la decisión por una de ellas a la otra.

A mayor abundamiento, el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho, así como señala que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales de forma expedita pronta e imparcial.

Dicho precepto prohíbe la autotutela o autodefensa, pero en contra partida reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional, es decir, el derecho que toda persona tiene a que se le haga justicia, a través de un proceso, el cual ha sido asumido por el Estado como función propia mismo para resolver conflictos.

⁷ Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, Proceso, Autocomposición y Autodefensa, Ed. Textos Universitarios, UNAM. México 1974, p.50.

A mayor abundamiento, la prohibición de ejercer la autotutela se encuentra reforzada, al considerarla como delito, siendo el propio artículo 226 del Código Penal Federal y del Distrito Federal, en donde se tipifica el delito de ejercicio indebido del propio derecho, considerándolo como tal el hacer efectivo un derecho o pretendido derecho empleando violencia.

No obstante lo anterior, el Estado no puede llegar a la prohibición total o absoluta de la autotutela, ya que existen situaciones en las cuales debido a la emergencia, 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 de lo contrario sería obsoleta y tardía.

En la situación anterior, todo ordenamiento jurídico debe tender a optar por el interés jurídico mas valioso y permitir su preservación y protección por medio de la autotutela.

Es importante destacar que los casos permitidos de autotutela son una excepción a la regla general, y dichas hipótesis excepcionales 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.

A grandes rasgos, como ejemplos de la autotutela permitida por la ley tenemos a la legítima defensa, el derecho de retención, el corte de ramas y raíces de arboles, la caza de animales ajenos, la avería gruesa o común.

En suma, la autotutela como medio de solución de una controversia produce efectos que generalmente pueden ser inicialmente los deseados por su autor, sin embargo la situación que llega posteriormente a prevalecer con el uso de este medio puede originar posteriores y mayores controversias por lo que la efectividad de este instrumento llega a ser cuestionada. En virtud de lo anterior, la autotutela solamente estará permitida como regla de excepción, cuando esta reconocida por la ley.

1.2.4 Autocomposición

La autocomposición es un medio de solución parcial de controversias, porque proviene de una o ambas partes en conflicto.

De lo anterior se puede establecer que los medios autocompositivos son aquellos por los cuales las partes contendientes, con o sin ayuda de sujetos externos a su relación, logran por si mismos llegar a la solución del conflicto que los ocupa.

A diferencia de la autodefensa, en la autocomposición no hay imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno, sino por el contrario, se presenta la renuncia a la propia pretensión o en la sumisión a la de la contraparte.

El autor Alcalá Zamora califica a este medio de solución de controversias como altruista, por que a través de él se hace prevalecer el interés de la otra parte al interés propio.

En este sentido el autor Cipriano Gómez Lara establece que la autocomposición no es un equivalente jurisdiccional, sino más bien es un excluyente de la misma, puesto que prescinde de la jurisdicción, es decir la desecha.⁸

Es así, como la autocomposición constituye el segundo gran grupo de formas de solución de conflictos, siendo una vía unilateral cuando la solución proviene de una de las partes y bilateral cuando tiene su origen en ambas.

En este sentido Carnelutti⁹ establece que la autocomposición es un género dentro del cual cabe que se reconozcan varias especies, dos unilaterales o derivadas de un acto simple, y una bilateral derivada de un acto complejo, para tener así la renuncia, el reconocimiento y la transacción, siendo las dos primeras unilaterales y la segunda bilateral.

También es importante mencionar que la renuncia (desistimiento) o el reconocimiento (allanamiento), constituyen formas autocompositivas de conflictos que no necesariamente se dan en el campo procesal, sino que pueden aparecer antes, después, o independientemente del proceso. De ahí que sea necesario precisar que sus especies procesales son el desistimiento y el allanamiento, siendo el primero una renuncia de la pretensión propia que se da en el proceso y el allanamiento el reconocimiento de la pretensión ajena que se da en el proceso. En cuanto a la transacción esta puede ocurrir dentro o fuera del proceso.

⁸ GOMEZ Lara Cipriano, Teoría General del Proceso, Ed. Harla, 8va Edición, México 1992, p.17

⁹ CARNELUTTI, op. Cit., p. 24.

De lo anterior, podemos clasificar a los medios autocompositivos en: medios extraprocerales, medios preprocerales, medios intraprocerales y por último, medios postprocerales, asimismo, se pueden distinguir en medios directos, en donde las partes dependiendo logran la solución de la controversia sin la intromisión o auxilio de algún elemento externo a su relación a través de una acción que por sí mismos toman, como podría ser la renuncia o desistimiento, y el allanamiento o reconocimiento¹⁰; indirectos, donde las partes contendientes logran la solución de la controversia con la ayuda de un tercero externo a su relación el cual solamente pone en contacto los intereses de cada uno de los contendientes y las alternativas que cada uno de ellos propone para la solución al caso, como es el caso de la mediación y la negociación.

Cabe destacar que por la propia naturaleza de la mediación se podrán desprender de ésta dos alternativas: la primera, si se llegara al contrato de transacción la figura que produce el arreglo es una autocomposición bilateral indirecta, y dos, si alguna de las partes sacrifica su propia pretensión; o el demandado admite en forma tal o parcial lo pretendido por el actor, sería un allanamiento, siendo una fórmula autocompositiva unilateral o directa.

Por otro lado, se advierte que la diferencia de los medios autotutelares, que normalmente son revisables a través del proceso, por lo que no excluyen a éste en definitiva, los medios de solución autocompositivos sí excluyen al proceso, ya sea evitando que éste surja, cuando aquellos sí se utilizan antes de que se promueva, o ya sea extinguiéndolos en forma anticipada, cuando dichos medios se hacen valer en el curso del proceso. Siendo en éste último caso un modo anormal de terminación del proceso, ya que impide que éste continúe y que termine en forma normal por medio de una sentencia que decida la controversia.

A continuación, se efectuará un análisis de las figuras autocompositivas directas, las cuales son:

1.2.4.1 Desistimiento.

El desistimiento es la renuncia a la pretensión litigiosa deducida por la parte atacante en el caso de haber promovido ya el proceso, la renuncia a la pretensión formulada por el actor en su demanda o por el demandado en su reconvencción.

¹⁰ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO Niceto, op. cit, p. 80.

Para el autor Becerra Bautista, este instrumento consiste en el abandono de la pretensión litigiosa del atacante, y en caso de haberse iniciado la actividad del órgano jurisdiccional, en la abdicación de la pretensión formulada por el actor en contra del demandado haciendo que de esta manera el curso del juicio se extinga.¹¹

Dentro de la figura del desistimiento hay que distinguir entre el desistimiento de la acción, o más específicamente de la pretensión, en donde se extingue la acción aun sin consentirlo el demandado, proporcionando una solución definitiva al litigio, ya que la parte actora no podrá formular de nuevo la acción desistida; y el desistimiento de la demanda o de la instancia, que sólo es una renuncia a los actos del proceso, por lo que deja a salvo la acción intentada, la cual podrá ser ejercida de nueva cuenta en un proceso posterior, en este último supuesto si ya se llevo a cabo el emplazamiento del demandado, se exige el consentimiento de este para que pueda operar.

Asimismo, el desistimiento de la acción tiene como presupuesto indispensable el carácter renunciare o disponible de los derechos sustanciales o materiales en los que intente fundarse. Por lo que es valido en aquellos litigios en los que las partes están facultadas para disponer o renunciar a sus derechos materiales controvertidos. No siendo posible en aquellos conflictos que versen sobre derechos indisponibles o irrenunciables.

1.2.4.2 Allanamiento

El allanamiento es una conducta o un acto procesal que implica el sometimiento por parte del demandado a las pretensiones de quien acciona.

Como lo establece el autor Ovalle Favela, “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”.¹²

En este orden de ideas, en un proceso el allanamiento se entiende como la aceptación expresa que la parte atacada hace respecto de los hechos y pretensiones litigiosas entabladas en su contra (artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal), presentándose como una conducta característica del demandado.

¹¹ BECERRA Bautista José, El Proceso Civil en México, Ed. Porrúa, México 1992, p. 415.

¹² Ovalle Favela, op. Cit, p. 21

En un proceso cuando el demandado se allana se suprimen las etapas de pruebas y alegatos, y aunque el juzgador cita para sentencia y pronuncia una resolución a la que se denomina formalmente sentencia, ésta no tiene realmente tal carácter, pues no es una decisión sobre un litigio, que no llego siguiera a manifestarse, sino es una resolución que aprueba el allanamiento del demandado.

El allanamiento es necesario que se refiera a derechos por los cuales el demandado pueda disponer libremente, es decir derechos renunciables, ya que el allanamiento como el desistimiento constituyen un acto de disposición de derechos, por lo que sólo habrá de tener eficacia si el demandado tiene la capacidad de disposición sobre los mismos.

1.2.4.3 Transacción

A manera de introducción se desarrollará ligeramente la figura de la transacción, toda vez que al ser un elemento constitutivo del acuerdo de mediación, se analizara a mayor profundidad en el capítulo siguiente. Asimismo, es necesario establecer que la transacción puede ser un medio autocompositivo tanto directo, como indirecto, ya que puede ser en este último de los casos producto de una mediación.

La transacción es un medio autocompositivo bilateral, es decir un negocio jurídico a través del cual las partes mediante el pacto, mediante el acuerdo de voluntades, encuentran la solución de la controversia o del litigio.

Ahora bien, la transacción, al ser un acto de disposición de derechos, o al menos de pretensiones litigiosas, solo puede recaer sobre derechos renunciables, por lo que no pueden ser objeto de transacción, entre otras, el estado civil, la validez del matrimonio, el delito, el derecho de recibir alimentos, los derechos que deriven de una sucesión futura o de un testamento antes de ser visto, reiterándose así el principio de que no todos los derechos son de libre disposición o pacto y por ello estas limitaciones tutelares y protectoras inspiradas en principios de orden e interés público implican una limitación a la autocomposición en cualquiera de sus manifestaciones como forma de solución de litigios.

En virtud de dicho acto se logra un acuerdo de voluntades entre las partes por el que se obligar a dar, retener, prometer, hacer o pagar algo, con el objeto de terminar un conflicto existente o evitar una posible controversia. Es por esto que la transacción se considera como un medio de solución autocompositiva en virtud de que las partes son las que por si mismas resuelven la contienda para prevenir o dar fin al procedimiento judicial o arbitral en el que se pudieran encontrar, o bien puede ser el resultado de una mediación donde las partes guiadas por un tercero dan una solución.

La transacción puede abarcar no únicamente las pretensiones contrapuestas de una contienda, sino que en ocasiones puede ir mas allá y crear nexos que modifiquen o extingan relaciones jurídicas preexistentes, y más aún crear algunos totalmente nuevos y ajenos al conflicto, por ello se dice que la transacción no tiene solamente efectos declarativos sino también constitutivos de derechos.¹³

Si bien la transacción es obligatoria para las partes y puede ser exigido su cumplimiento, varía el grado de agilidad que puede tener en lo que se refiere a su ejecución, como se vera cuando se analice la transacción como parte del acuerdo de mediación.

Pasaremos a analizar la autocomposición indirecta, en donde las partes contendientes logran la solución de la controversia con la ayuda de un tercero externo a su relación, el cual solamente pone en contacto los intereses de cada uno de los contendientes y las alternativas que cada uno de ellos propone para solucionar el caso, participando de esta naturaleza la transacción, la mediación,¹⁴ negociación, conciliación, siendo medios que se conocen y utilizan en nuestro sistema jurídico.

1.2.4.4 Conciliación

La conciliación es un método utilizado para resolver un conflicto, en donde las partes resuelven el mismo de forma pacífica con la ayuda de un tercero que puede ser una persona física, un centro de conciliación, o aún el mismo juez.

¹³ SANCHEZ Medal Ramón, De los Contratos Civiles, Ed. Porrúa, 12da Edición, México 1994, p. 499.

¹⁴ Tanto la mediación como la transacción podrán ser catalogadas también como medios directos si no hay un tercero que se interponga entre las partes y las ayude a resolver su conflicto.

En este sentido, en la conciliación el tercero ajeno a la contienda, ocupa el papel de puente y enlace entre las partes y propone alternativas concretas tendientes a la solución de la controversia.¹⁵, y al no ser estas fórmulas de arreglo obligatorias con las partes, son medios autocompositivos indirectos, pues la función del conciliador es meramente propositiva y como las partes pueden aceptar o rechazar las propuestas del conciliador, la solución del litigio depende finalmente de la voluntad de las partes.

Desde un particular punto de vista, tanto la mediación, como la conciliación y la negociación son medios autocompositivos en los cuales interviene un tercero, pero la solución la siguen dando las partes del conflicto.

En este mismo sentido el autor Ovalle Favela establece que “El conciliador debe ser una persona distinta de la del juzgador, pues con ello se garantiza la posición de imparcialidad del juzgador, ya que el conciliador debe hacer proposiciones concretas, lo que no puede hacer el juzgador hasta en tanto no resuelva.”¹⁶

La conciliación para Carnelutti¹⁷ se encuentra comprendida dentro del grupo de medios alternativos de solución de contiendas de intereses de derecho o “equivalentes jurisdiccionales”, caracterizándose por ser un acuerdo celebrado entre quienes se encuentran ante un conflicto de intereses, con objeto de evitar un juicio o poner rápido fin a uno ya iniciado.

Eduardo Pallares define a la conciliación como aquella avenencia, que sin necesidad de juicio de ninguna clase, tiene lugar entre partes que disienten acerca de sus derechos en un caso concreto y de las cuales una o las dos tratan de entablar un pleito, aunque también habría conciliación aún ya promovido del juicio¹⁸.

Couture enuncia la idea de conciliación como el acuerdo o avenencia de partes que mediante renuncia, allanamiento o transacción, hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual.¹⁹

Por otro lado, el autor Enrique Vescovi establece que la conciliación en un último extremo es una mediación²⁰.

¹⁵ ESTAVILLO Fernando, “Otros Medios Alternativos para la Resolución de Controversias, Conferencia sobre Resolución de Controversias Internacionales México –Estados Unidos, México 1995, p. 14.

¹⁶ OVALLE Favela José, Derecho Procesal Civil. Ed. Harla, 5ta Edición, México 1992. p. 117

¹⁷ CARNELUTTI, op.cit., p. 26

¹⁸ PALLARES Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Ed. Porrúa, 21 edición, pp125-126

¹⁹ COUTURE Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1958.

Alcalá Zamora indica que la conciliación, o desemboca en fracaso y no puede reputarse como un “equivalente jurisdiccional”, o conduce a una avenencia y entonces salvo que el juez que la implemente la desnaturalice, actuando no de conciliador, sino de coaccionador, se reducirá a cualquiera de las formas de autocomposición (desistimiento, allanamiento, transacción)²¹.

Ahora bien, la conciliación se puede clasificar en extraprocésal, preprocesal o procesal, por lo que se puede presentar previa, conjunta, o separadamente de un procedimiento judicial o de arbitraje.

En este orden de ideas, la conciliación extraprocésal es la que se da con antelación a un procedimiento, generalmente es facultativa y puede derivar de un acuerdo de las partes en el sentido de intentar conciliar antes de proceder a dirimir su futura controversia en juicio, de una obligación legal de agotar la fase conciliatoria, o simple y sencillamente del ánimo de las partes de evitar un arbitraje o un procedimiento judicial que implicaría mayor tiempo y costo.

El resultado de esta conciliación extraprocésal puede tomar la forma de una transacción. En este sentido Osvaldo Alfredo Gozaini establece que “la conciliación es el marco y la transacción su contenido.”²²

Por otro lado, la conciliación preprocesal se manifiesta como una etapa previa a la iniciación o al desarrollo del proceso, como acontece con la audiencia previa y de conciliación en el juicio ordinario civil, en donde se puede manifestar a) por renuncia o desistimiento que el propio actor hace de su acción o pretensión, b) por allanamiento, cuando se acepta la pretensión del demandante, y c) mediante transacción cuando hay renuncia recíproca de intereses.

Un ejemplo de lo anterior, lo encontramos en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en su artículo 272-A, consignándose en éste la audiencia de conciliación, en donde una vez fijado el debate, el juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia de conciliación, y si asistieron las partes el juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego procederá a procurar la conciliación, que previamente hubiese preparado al estudiar el expediente y propondrá a las partes alternativas de solución al litigio, de igual manera las propias partes pueden hacer propuestas de arreglo. Si las partes llegan a un convenio, el juez lo aprobará de plano si procede legalmente y su homologación en sentencia tendrá fuerza de cosa juzgada.

²⁰ VESCOVI Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, Montevideo, 1974.

²¹ ALCALA-ZAMORA Niceto, op. cit., p.83

²² GOZAINI Osvaldo Alfredo, op. cit., p. 48

Por otro lado, este medio de solución de conflictos recibe el nombre de conciliación procesal cuando se presenta dentro del desarrollo del proceso, como ejemplo se puede mencionar el artículo 55 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, en donde se faculta a los conciliadores a buscar un arreglo en tanto no se haya dictado sentencia.

Cuando la conciliación se presenta como preprocesal, o procesal, es común que se plasme en un convenio judicial, el se equipara con una sentencia ya que produce la eficacia de una cosa juzgada, mediante el cual las partes detallan los términos y condiciones del arreglo acordado.

Si alguna de las partes incumple con lo convenido, la otra podrá solicitar al juzgador que ordene la ejecución coactiva del convenio, sin necesidad de promover un nuevo proceso o juicio, sino directamente a través de la vía de apremio, o bien el cumplimiento del convenio judicial también puede ser reclamado por medio del juicio ejecutivo.

En este orden de ideas, es importante establecer que cuando a través de la conciliación se llega a admitir alguna de las soluciones propuestas, ésta por si misma no es obligatoria para las partes, por lo que ordinariamente se hace constar por escrito el acuerdo correspondiente para hacer exigible el cumplimiento del convenio resultante de la conciliación.

Otra clasificación que se le puede dar a la conciliación se puede clasificar en judicial o extrajudicial, según si la persona que la ejerce es un juzgador o un auxiliar de éste, o bien si es un órgano fuera de la organización judicial, como es el caso de la Procuraduría Federal del Consumidor, la que tiene funciones de procurar la solución de las diferencias entre consumidores y proveedores, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores a la que le compete procurar la conciliación en los conflictos, La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas a la que le corresponde la conciliación de las diferencias entre las instituciones de fianzas o seguros.

Otra clasificación que se le puede dar a la conciliación es judicial o extrajudicial, según si la persona que la ejerce es un juzgador o un auxiliar de éste, o bien si es un órgano fuera de la organización judicial, como es el caso de la Procuraduría Federal del Consumidor, la que tiene funciones de procurar la solución de las diferencias entre consumidores y proveedores.

Una vez establecido lo anterior, diremos que el conciliador para poder desempeñar eficientemente su función es necesario que se base en la confidencialidad y buena fe con que las partes acuden a él, por lo que debe oír la exposición de la controversia que hagan las partes, explicar el procedimiento de conciliación, asistirles en el intercambio de información y ayudarles a definir los puntos del conflicto así como sugerirles propuestas de arreglo, poniéndose en contacto con las posturas de cada una de las partes, con lo que podrá sugerir alternativas razonables y equitativas de solución.

Ahora bien, es indudable la necesidad de establecer una fórmula de conciliación más efectiva que la de un simple avenimiento como existe hoy en día, la que se deja a la iniciativa de las partes, lo anterior responde a que ese equivalente jurisdiccional, bien administrado puede aligerar la pesada y voluminosa carga judicial, que tanto preocupa en nuestro sistema judicial.

En este sentido, la función de la composición fue calificada por Calamandrei como un complemento útil de la legalidad "la función conciliadora debe ayudar a los particulares a no prescindir del derecho sino a encontrar por sí solos el propio derecho".²³

Como ejemplo se puede establecer lo dispuesto en el ordenamiento civil italiano, en donde la conciliación es considerada como un verdadero ejercicio de jurisdicción, ya que se le atribuye a ciertos órganos judiciales la función de conciliar, siendo nombrados jueces conciliadores, los cuales se interponen con carácter de pacificador entre las partes y tratar de componer las controversias entre ellas, ya surgidas o que estén por surgir.

En el ejemplo anterior se puede observar como se crea un organismo que esta encargado de conciliar, pero que tiene más peso que un simple conciliador.

Por lo anterior, referimos al lector al Capítulo III, en donde se propone una reforma en la cual se cree un organismo con mayor fuerza para que intente fórmulas de mediación, que en un último sentido goza de la misma naturaleza que la conciliación.

²³CALAMANDREI Piero, Derecho Procesal Civil, Ed. Harla, México 1997, p.30

Por otro lado, para algunos autores, esta herramienta muchas veces es confundida con la mediación en virtud de que:²⁴ *i)* ambas son técnicas empleadas para solucionar conflictos, *ii)* un tercero extraño logra reunir a las partes en conflicto, *iii)* son las partes las que finalmente solucionan el conflicto. Sin embargo se caracteriza en que el conciliador no solamente sirve de conexión ni se limita a facilitar el entendimiento de las mismas, sino que además se encarga de proponer en primer término la fórmula más acorde a estos para la solución del caso, mientras que en la mediación son las partes las que con ayuda del mediador descubren por sí mismas el camino que les lleva a solucionar el conflicto.

Lo anterior es válido, siempre y cuando el mediador no realice ninguna propuesta en el procedimiento de mediación, ya que de lo contrario estas dos figuras presentan similitudes en todos sus aspectos.

Por otro lado, la conciliación se diferencia del arbitraje en que, en el procedimiento de conciliación el tercero propone las posibles soluciones, las cuales son calificadas o descalificadas por las partes, generando una obligatoriedad cuando estas las aceptan y las plasman en un convenio, mientras que en el arbitraje el tercero decide y pronuncia un laudo que es totalmente obligatorio.

Asimismo, la conciliación es más flexible puesto que su procedimiento puede ser moldeado durante el desarrollo del mismo, en cambio en el arbitraje, el procedimiento es establecido en un inicio y no puede ser modificado.

Al respecto de las diferencias que presenta con las instituciones antes mencionadas, el maestro Jorge Alberto Silva²⁵ nos comenta que: “En la conciliación se requiere la mediación, pero además la proposición de fórmulas por parte del tercero extraño para que las partes solucionen su conflicto. La conciliación se diferencia del arbitraje, ya que mientras en la conciliación el conciliador se limita a proponer la solución, en el arbitraje, la solución ya no es una mera proposición de solución, sino que concluye dando la solución misma.”

1.2.4.5 Negociación

Este es un medio de solución de controversias mediante el cual las partes llegan a un acuerdo consensual en donde tratan de lograr un arreglo sobre una materia controvertida.

²⁴ SILVA Jorge Alberto, *Arbitraje Comercial Internacional en México*, Pérez Nieto Editores, México 1994. p. 10

²⁵ SILVA Jorge Alberto, *op. cit.*, supra, p. 12

Es decir, la negociación es un arreglo del conflicto por sus propios interesados, en donde las partes tienen total autonomía de discutir, con el único límite de que la materia sea susceptible de transacción y no se contravengan el orden público, la moral pública o las buenas costumbres.

La negociación consiste en transformar la situación de cero, en actitudes y soluciones positivas, es la técnica por medio de la cual se cambia la percepción de que si uno gana el otro pierde, y se trata de buscar puntos que sean beneficiosos para ambas partes.

En este sentido, y como se podrá apreciar en el capítulo siguiente, la negociación constituye un pilar básico de la mediación, toda vez que en ésta última se utilizan las técnicas de la negociación.

Por otro lado, existen negociaciones de conflicto o de transacción, caracterizándose la primera por que ya existe una controversia, mientras que en la segunda los conflictos no se han presentado sino que las partes negocian un acuerdo a un futuro.

La esencia de la negociación es la creatividad, la construcción de confianza y comunicación, la combinación de dureza y la suavidad según el momento y la actitud positiva.

En un sistema adversarial, la utilización de la negociación se da en un ambiente de antagonismos, en donde la función principal del negociador es la de maximizar la ganancia individual, adoptando una posición que genere pocas concesiones y finalmente se logran un compromiso en un ambiente competitivo, en donde el negociador es agresivo y tiende a crear dudas sobre los argumentos y posiciones del negociador opositor.

En cambio en una negociación que participa de las ventajas de medio alternativo de controversias se enfoca directamente a obtener una ganancia conjunta u no individual, observando el negociador el conflicto o la necesidad de transacción como un problema mutuo que deben resolver las partes de común acuerdo.

En toda negociación hay dos clases de intereses: intereses en la sustancia u objeto de la negociación e intereses en la relación que existe o pudiere existir entre las partes. Lo que generalmente sucede es que la relación se ve afectada por el problema o por el bien en negociación. El conflicto que puede surgir entre estos dos intereses ocurre por la insistencia en las posiciones adoptadas.

En cuanto a las etapas de este proceso, varía dependiendo de los participantes, Zartman y Berman enuncian tres etapas en la negociación, a saber: i) diagnóstico de la situación y voluntad para promover la negociación, ii) negociación de una fórmula o una común definición del conflicto en términos que conduzcan a una solución y por último iii) negociación de los detalles para instrumentar la fórmula sobre precisos puntos de controversia.

Las etapas de la negociación se pueden también clasificar en:

Planeación y análisis, en donde se identifican y establecen prioridades y objetivos, investigan los hechos y escuchan los antecedentes, todo lo que sea necesario para planear una estrategia. Posteriormente se aplica el método apropiado para lograr los propósitos y objetivos del cliente.

En esta etapa el negociador debe explicar al cliente todos los aspectos legales del caso para que presente la información requerida y para que decida después si acepta el acuerdo que se le propone.

Es así como el negociador debe analizar los hechos materia de la controversia, determinando los aspectos más débiles del caso, los propósitos y objetivos del cliente, precisar si ésta quiere participar en la negociación, investigar la doctrina, legislación y jurisprudencia aplicable y fijar las alternativas de negociación, decidiendo sobre las tácticas por emplear y determinar que información se dará a la parte contraria.

La siguiente etapa la constituye el intercambio de información, el cual comienza con un resumen del caso por los negociadores de ambas partes, luego que se intercambia la información, las partes explicaran las posibles soluciones de acuerdo con las características del caso. La primera oferta siempre dependerá de las circunstancias, pero debe dejar espacio para la negociación con la otra parte.

Luego que se han discutido los hechos y aspectos legales comienza la etapa de concesiones y compromisos, en donde las partes llegaran a un acuerdo buscando la satisfacción de ambas.

En el compromiso, se debe prever todos los detalles y efectos de la transacción así como las cláusulas penales en caso de incumplimiento, la negociación termina con un acuerdo que debe reunir las exigencias legales para producir los efectos jurídicos. En términos generales, el acuerdo debe ser susceptible de transacción y no contrariar las normas de orden público, estando sujeto a los requisitos de existencia y validez previstos en la ley y por tanto es susceptible de nulidad o anulación por las causales consagradas en la ley sustancial

La negociación es confidencial, lo cual no se puede admitir en juicio el reconocimiento de responsabilidad hecho en una negociación que fracasó, esto significa que no se pueden utilizar los proyectos de acuerdo o reconocimiento de los hechos, para hacerlos valer en juicio posterior por que se efectuaron sólo con fines de negociación.

Asimismo, la negociación es fundamental para evitar el litigio y para que las partes satisfagan su pretensión de forma más pronta y oportuna. Por esta razón, es necesario que las facultades de derecho y los colegios de abogados promuevan una campaña destinada a divulgar los beneficios de dicho procedimiento, ya que si se crea una conciencia de la necesidad de negociar antes de ir a un proceso, poco a poco se utilizara la negociación, mas aún, la ley podría establecer la obligación de negociar y únicamente cuando haya fracasado dicha negociación se seguirá el proceso, o por lo menos se aplicará una sanción para quien sin fundamento rechaza la oferta de transacción.

En este sentido, La regla 68 de las Reglas Federales del procedimiento civil de los Estados Unidos otorga a la parte que se defiende de una demanda la oportunidad de transigir, haciendo una oferta normal de sentencia. La parte que rechaza la oferta será sancionada si la sentencia final no le otorga mas que la oferta de transacción. Para estos efectos, se hace un calculo económico entre la suma ofrecida en la oferta y la otorgada en la sentencia, si la suma de la sentencia final es menor que la oferta de acuerdo, el demandante deberá pagar todos los costos incurridos después de haberse hecho la oferta.

En la negociación, el negociador deberá evaluar la percepción que pueda tener cada parte del problema y de la otra parte, para lograr esto se aplican varias técnicas, a saber: i

1. ponerse en la situación de la contraparte para entender cuales son sus intereses y, así aproximarse mejor a la percepción que pudieran tener del problema,
2. no deducir las intenciones de la otra parte por los presentimientos que se tengan en un momento determinado, i

3. no culpar a la otra parte por el problema,
4. discutir las percepciones que se tengan del problema con la otra parte y buscar oportunidades para actuar en oposición a las percepciones negativas que puedan tener,
5. asegurarse de que la otra parte participe en el proceso,
6. hacer las propuestas congruentes con los valores que pueda tener la contraparte fundamentándolas debidamente.

Asimismo, el negociador deberá contar con la integridad suficiente para inspirar confianza, la empatía o habilidad para entender el punto de vista de las dos partes, la simpatía o visión de ponerse en los zapatos del otro, la paciencia, confianza en sí mismo, ingenuidad para hacer propuestas y la fortaleza. Asimismo, el negociador debe ser un conciliador.

El punto inicial y fundamental de la negociación lo constituye el enfoque de intereses, en donde las partes deberán de definir el problema sujeto a negociación, mismos que se deben expresar entre las partes.

Los intereses deben expresarse a las otras, porque ésta es una buena manera de fundamentar la propuesta o la posición en la negociación. De igual manera se aconseja reconocer públicamente el entendimiento de los intereses de la otra parte para un mejor desenlace de la negociación.

Deben evitarse los juicios prematuros, buscar respuestas concretas y limitadas a un sí o un no, asumir que el objeto del negocio es una unidad, y pensar que solucionar el problema de la contraparte es su problema separar opciones de su conveniencia y por medio de aportación de ideas con la otra parte así como se debe acudir a un facilitador si es necesario.

Ahora bien, si la negociación falla, se pueden intentar otros medios alternativos que se aproximen más a las necesidades de las partes.

Por otra parte, la negociación y la mediación difieren en que la segunda es más rígida, puesto que se determinan sus elementos en un proceso, en el cual si se aplican los principios de la negociación pero en un marco un poco más formal. Es decir en la mediación sí se entabla un proceso, mientras que la negociación es más impersonal y flexible.

1.2.4.6 Mediación.

Al ser este el principal tema de esta investigación, y desarrollarse posteriormente, aquí sólo se detallarán las características esenciales de la mediación.

La característica principal de este procedimiento consiste fundamentalmente en que un tercero llamado mediador, quien preferentemente debe tener experiencia en el tema del conflicto, se encarga de establecer la comunicación y acercamiento entre las partes en conflicto para tratar que estas lo resuelvan.

En este sentido Jorge Alberto Silva establece que “la mediación es un medio de solución de controversias en que las partes, guiadas por un tercero extraño, la solucionan.”²⁶

El mediador se caracteriza por ser un facilitador el que se limita a llevar a las partes a una negociación y procura el mantenimiento de la comunicación de las mismas con la finalidad de que se discutan y observen los puntos de cada una de las partes, y posteriormente se establezcan los principios por los cuales se puede llegar a la solución del conflicto. Siendo esta solución una favorable para ambas partes.

La mediación se implementa con la finalidad de solucionar conflictos mediante el establecimiento de un escenario en el que las partes se sientan confiadas y busquen dirimir sus controversias.

Para lograr lo anterior, el mediador deberá tratar que la distensión entre las partes se reduzca, así como deberá adquirir conocimientos objetivos de los hechos y de la naturaleza de la controversia.

La mediación culmina con un acuerdo entre las partes el cual deberá formalizarse y generalmente constituye un acuerdo de transacción.

1.2.5 Heterocomposición

La heterocomposición es una forma evolucionada e institucional de resolución de conflictos, la cual se manifiesta a través de la intervención de un tercero ajeno e imparcial quien resuelve el conflicto.

²⁶ SILVA Jorge Alberto, op. cit, p. 9.

En este orden de ideas, la heterocomposición se caracteriza por ser un medio en el cual además de que la controversia es conocida y estudiada por un agente tercero a la relación que le dio origen, la solución otorgada a la misma, proviene de éste y además vincula a los contendientes.

Por lo anterior, en la heterocomposición la solución al conflicto es calificada de imparcial, por que no va a ser dada por las partes, sino por un tercero ajeno al litigio, un tercero sin interés propio en la controversia.

Ahora bien, pasaremos al estudio de los medios heterocompositivos que de una u otra forma son reconocidos y utilizados en el entorno jurídico nacional, posteriormente se analizarán los medios alternativos heterocompositivos o autocompositivos privados al tocar el tema de MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS.

1.2.5.1 Arbitraje

Este es un medio heterocompositivo por excelencia en donde el tercero no se limita a proponer la solución a las partes, sino que dispone de dicha solución a través de una resolución obligatoria para las partes, la cual se conoce como laudo.

En este sentido el autor Briseño Sierra establece que el arbitraje es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares. Ciertamente es un procedimiento privado por lo convencional, que estructuralmente se caracteriza por "una relación jurídica triangular en cuyo vértice superior se encuentra el árbitro, que es el sujeto ajeno a los intereses en disputa, y llamado por las mismas partes para componer las diferencias que les separan. En contraste con el proceso judicial, el arbitraje es más dúctil y maleable. Abarca la mera intermediación y aún el dictamen de un experto, hasta la conciliación, la amigable composición, el laudo en conciencia y el procedimiento en derecho"²⁷

²⁷ BRISEÑO Sierra Humberto, *El arbitraje Comercial*, Editorial Limusa, México 1979, p. 11.

En este sentido, "el arbitraje como aquella institución jurídica por la que dos o más personas establecen que una cierta controversia específicamente determinada, existente entre ellas, sea resuelta, conforme a un procedimiento legalmente establecido por un tercero o terceros, a los que se designan voluntariamente y a cuya decisión expresamente se someten, ya sea ésta dictada conforme a Derecho, ya conforme a equidad".²⁸

Es importante destacar que es necesario previamente que las partes hayan aceptado este procedimiento, de común acuerdo, ya sea en una cláusula compromisoria, cuando el conflicto todavía no se presenta, o bien mediante un acuerdo arbitral cuando ya existe el conflicto.

En este sentido tenemos que el arbitraje es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto, en un principio por particulares. Ciertamente es un procedimiento privado por lo convencional, pero también el arbitraje puede clasificarse como institucional, en donde un organismo es el encargado de ofrecer reglas, una nómina de árbitros, proporcionando una entidad privada que orienta, divulga, explica y practica el procedimiento arbitral ad hoc.

El arbitraje concluye con un laudo, cuya eficacia depende de la voluntad de las partes o de la intervención judicial oficial según las diversas variantes que se presenten.

1.2.52 El Proceso Mercantil Convencional.

El proceso Mercantil Convencional se encuentra regulado por los artículos 1051 al 1053 del Código de Comercio, de donde se desprende que este procedimiento se inicia por el acuerdo de voluntades de las partes, pudiendo ser previo o bien en el momento en el que surja una controversia, estableciéndose en este acuerdo de voluntades las características del procedimiento a las cuales el órgano judicial competente deberá acatar en el desarrollo y conclusión del proceso

El artículo 1052 establece el requisito de que el acuerdo de voluntades deberá ser formalizado en escritura pública, póliza ante corredor o ante el juez que conozca la demanda en cualquier estado del juicio, respetando las formalidades esenciales del procedimiento.

²⁸ MERINO Mendián José Fernando, CHILLON Medina José María, Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, Editorial Civitas, Medios Alternativos de Solución de Controversias, España 1991 2a edición, p. 102.

En este orden de ideas, el artículo 1053 señala que dicha convención deberá contener las previsiones sobre la demanda, la contestación, las pruebas y los alegatos, así como el negocio o negocios en que se ha de observar el procedimiento convenido; la substanciación que debe de observarse, pudiendo las partes convenir en excluir algún medio de prueba, siempre que no afecten las formalidades esenciales del procedimiento.

Asimismo, dicho convenio deberá especificar los términos que se seguirán durante el juicio, cuando se modifiquen los que la ley establece, los recursos legales a que renuncien, siempre que no se afecten las formalidades esenciales del procedimiento, el juez que de conocer del litigio para el cual se conviene el procedimiento en los casos en que conforme al Código de Comercio pueda prorrogarse la competencia; y por último los nombres de los otorgantes, su capacidad para obligarse, el carácter con que contraen, sus domicilios y cualesquiera otros datos que definan la especialidad del procedimiento.

Este procedimiento se puede clasificar como un híbrido de arbitraje y del procedimiento mercantil, y su principal característica es que las partes establecen los lineamientos sobre los cuales se va a desarrollar el procedimiento, y la autoridad estará obligada a seguir estos procedimientos marcados por las partes, y en su caso aplicará supletoriamente la ley.

Este procedimiento, es un medio ideal de solución de controversias presentes y futuras, toda vez que cuenta con las características de flexibilidad y celeridad, aunado a la posibilidad de que sea un procedimiento cuyo resultado sea exigible por la propia autoridad jurisdiccional.

La crítica que se le puede hacer a este procedimiento es que las partes pueden acabar realizando un propio código procesal privado, que puede ser más extenso y complejo que el propio procedimiento tradicional.

1.2.5.3 Procedimiento Judicial

En este sentido debemos entender por procedimiento a la serie de adecuaciones o diligencias sustanciadas o tramitadas según el orden y la forma prescrita en cada caso por el legislador.

Así enmarcaremos aquí a cualquier procedimiento cuya finalidad es la resolución de una controversia, y la facultad para resolver dicho conflicto corresponde a autoridades judiciales o administrativas.

1.2.5.4 Amigable Composición

Esta fórmula heterocompositiva de gran historia, aunque no aplicada en nuestros días con la frecuencia que debería, es un medio alternativo confiable para solventar los múltiples conflictos que materialmente abruma a la judicatura.

La amigable composición no es otra cosa que la solución de un conflicto de interés entre las partes por obra de un tercero, del latín *amicabilis*, que es lo amistoso de ambas, sin sujetar sus procedimientos a normas de derecho preestablecidas y sin apearse para la decisión más que a la equidad y la buena fe.

Es una de las figuras heterocompositiva de mayor historia, surgida dentro de los grupos patriarcales cuando estos alcanzaron un grado de evolución suficiente para comprender la convivencia de abandonar el uso de la violencia y poner en manos de amigos la composición pacífica de los conflictos.

Guarda una afinidad y trayectoria estrecha con el arbitraje, pero siendo instituciones jurídicas distintas, la primera como una institución independiente de toda exigencia rutinaria y operante en términos de equidad, la segunda estructurada conforme a preceptos impositivos de procedimiento y orientada conforme a derecho. Asimismo, un amigable componedor debe ser nombrado por las partes, mientras que los árbitros que no hayan sido designados previamente por éstas solo podrán ser designados por el juez.

La naturaleza de los amigables componedores, llamados también arbitadores comparten la de los árbitros privados, es decir el de una función pública, en donde el estado permite que los individuos particulares puedan sin asumir la calidad de verdaderos órganos públicos, sino obteniendo la equiparación más o menos completa de su actividad privada a la que tiene un funcionario estatal.

Una vez establecido el marco general de los medios para resolver un conflicto, pasaremos a efectuar el análisis del medio más utilizado para resolver un conflicto, siendo este el procedimiento judicial estatal.

1.3 Crisis del sistema Judicial

La impartición de justicia correspondió en un principio a los propios miembros de la relación que consideraban que su derecho se había visto menoscabado, sin embargo, al darse cuenta de los costos que para ellos implicaba el hacerse justicia por si mismos y basados en elementos de confianza y capacidad, concluyeron que resultaba mejor poner en las manos de un tercero la solución del conflicto y, sujetarse así, al camino que trazase para la obtención del resultado que los motivó a buscarlo.

Esos elementos que resaltaban en los contrincantes como necesarios en aquel quien tendría conocimiento del caso los encontraron en aquellos miembros de su grupo social que dentro de su propia familia fueron considerados como eficientes para proporcionar justicia a los suyos.

Posteriormente, esa impartición de justicia tomó un campo mayor y no solo se limitó al ámbito familiar sino al grupo social del cual formaban parte.

Poco a poco, con el establecimiento del Estado moderno, resaltó la imperiosa necesidad de establecer todo un cuerpo que se organizara y se destinase a la impartición de justicia. Es así como el Estado toma como propia la función de proveer justicia a las relaciones, que por diversos motivos se desvirtúan, en aras de lograr un medio pacífico y fértil para el nacimiento de otras nuevas. Surge así la actividad Estatal destinada a la solución de conflictos e impartición de Justicia.

Sin embargo, actualmente esta función, por muy diversas razones, se ha venido menospreciando por la sociedad y se ha dado un nuevo auge de los sistemas de carácter privado.

Dentro de aquellas razones podemos considerar algunas como: el enorme trabajo que para el órgano estatal ha constituido el mantener un adecuado sistema de impartición de justicia, lo que ha producido un gran estancamiento en los medios e instrumentos destinados para tal efecto. Segundo, el desarrollo desmedido de las relaciones jurídicas que hacen que en poco tiempo se vuelvan obsoletas las soluciones que en un principio fueron ideales para la consecución de la justicia de las relaciones. Tercero, la pérdida de la confianza de los litigantes que resulta necesaria para obtener una sumisión de estos al resultado de la contienda. Cuarto, la necesidad de una especialización en la impartición de justicia para aquellos casos en donde es de gran importancia la técnica y los conocimientos como base para la solución del problema. Quinto, la búsqueda de una confidencialidad en las actuaciones judiciales en contraposición con la publicidad del procedimiento estatal. Sexto, la búsqueda de una justicia que promueve más la comunicación entre las partes.

Asimismo, el hecho de que las partes sometan su conflicto a una tercera persona puede generar que este tercero agregue sus propias percepciones, representaciones, decisiones y dificultades en comunicarlas a las de las partes sobre las que decide.

En este orden de ideas, el autor Luis Miguel Díaz establece que el tercero “necesariamente impone su modelo del mundo en la solución del conflicto entre las partes, así cualquier resultado del juzgador parecería menos receptivo de los verdaderos intereses de las partes. La imparcialidad de la autoridad es enteramente un mito, pues presupone a humanos inexistentes que no tienen emociones ni modelos propios del mundo”.²⁹

Por lo anterior, la necesidad de implementar en nuestra legislación mecanismos de promoción de los medios alternativos de solución de controversias obedece a que el sistema judicial cuenta con deficiencias como lo son:

- Una decadente impartición de justicia estatal
- Un sistema legislado fuera de época
- Imposibilidad del Estado para resolver específicos litigios
- El deseo de una mayor y mejor armonía entre las partes.

Analizaremos las deficiencias antes mencionadas:

²⁹DÍAZ Luis Miguel, Privatización de los Conflictos, Revista de Derecho.

1.3.1 Decadente impartición de justicia

Es una realidad que los jueces de hoy se encuentran desfásados, fuera de los cambios que han operado en las ciencias y en la tecnología, continuando la aplicación de ciertas leyes y medios de impartición de justicia obsoletas ante la vertiginosa rapidez de la realidad social. Existiendo una división del trabajo que se expande día a día y que no concuerda con la propia división del trabajo habida en la judicatura "El lento ritmo burocrático sirve de peso enorme, el excesivo papeleo, los rituales exagerados complicados y complejos. El plazo casi normal de un proceso se cuenta por años, lo cual va contra los intereses del comercio mismo."³⁰

Lo anterior, aunado a una duda en la imparcialidad de los jueces, debido a la pérdida de credibilidad en éstos por los ya muy frecuentes casos de corrupción así como por la carga de trabajo que da como resultado un desinterés total por cualquier litigio y el estudio de promociones y escritos en cuestiones de minutos.³¹

En este orden de ideas, en materia comercial, siempre existirá entre los comerciantes de diferentes países que celebran un contrato, una desconfianza en los tribunales judiciales nacionales de su contraparte comerciante, debido al desconocimiento, en la mayoría de las veces, del sistema jurídico y de la efectividad real de este último.

Los propios jueces se han orientado a las fórmulas jurídicas y actuaciones mecánicas (formulismos), interpretando más a la norma y a sus legisladores que al propio litigio interpartes. Decidiendo no por sí, sino por y a nombre del Estado y en base a leyes expedidas con mucha anterioridad al litigio, las cuales generalmente, no contemplan la especificidad del mismo.

Otra desventaja se refiere a la publicidad, derivada del principio de que el proceso jurisdiccional debe ser público y carente de confidencialidad, lo que ha impedido que conocimientos tales como el *Know how* o los secretos industriales puedan ser confiados a las autoridades jurisdiccionales, por la práctica de la publicidad de las actuaciones y de la difusión en el acontecer judicial.

³⁰ SILVA Alberto, op. cit., supra, p. 3

³¹ Existen cifras no oficiales que revelan el tiempo aproximado que tiene un juez conocimiento de un asunto desde que inicia hasta que se dicta sentencia es de 45 minutos

Un punto importante a destacar en este desfaseamiento de la autoridad judicial es el de su falta de comprensión frente a la moneda la cual al estar sujeta a procesos económicos y sufrir devaluaciones, problemas de inflación, restricciones al libre cambio que producen un deterioro en la misma. Llegando al punto en que es muy distinto el valor de la moneda en el momento en que se pacta una obligación a momento en el que se paga.

En este orden de ideas, la mayoría de las leyes existentes tienen como efecto el complicar o impedir la comunicación directa y abierta entre los conflictuados, especialmente en áreas como la familiar y administrativa, por lo que el sistema de impartición de justicia predominantemente es inhibitorio de la comunicación humana en los conflictos interpersonales.

1.3.2 Sistema legislado fuera de época

En México somos herederos de la escuela exegética francesa, de donde adquirimos una concepción rígida de la aplicación del Derecho, así tenemos que el juez, al aplicar la ley no tiene otra cosa que hacer que establecer los hechos para que la consecuencia jurídica prevista en la norma se produjera de manera automática. Sin embargo esta aplicación mecánica del Derecho se enfrenta hoy a una sociedad que cambia con gran rapidez, en donde la regla es la flexibilidad.

Este es uno de los problemas más graves que enfrenta el sistema de impartición de justicia ya que en este mundo moderno el ritmo en el cual se desarrollan las relaciones jurídicas es muy vertiginoso, por poner un ejemplo, el ámbito comercial al estar en constante evolución siempre tiene nuevas tónicas dichas relaciones, por lo que las legislaciones que rigen los actos entre los comerciantes pueden llegar a quedar desfasadas, generando además una carga para el poder legislativo de estar en revisión y constantemente legislando para tratar de alcanzar dicho avance comercial.

Un ejemplo de esto último lo encontramos en el Código de Comercio Mexicano, el cual en la época en la que se creó no existía la tecnología de hoy ni las vías de comunicación y lo más importante, las mercancías no habían adquirido el enorme potencial internacional que ahora tienen. No existían los grandes organismos internacionales como la ONU; OEA ni las grandes empresas transnacionales cuyos presupuestos llegan a ser más grandes que el de ciertos Estados pequeños.

1.3.3 Imposibilidad del Estado para resolver litigios específicos.

Existen dos problemas fundamentales que se presentan en los tribunales para resolver cualquier problema, manifestándose especialmente en controversias de carácter comercial que vinculen a diversos países: Uno de carácter político, por una falsa concepción de soberanía, ya que si un Estado resuelve los conflictos que tienen un punto de contacto en otro Estado, este último Estado verá mermada su soberanía.

El segundo es de carácter anímico, ya que los comerciantes desconfían de los actos que se realizan para resolver sus propias pretensiones litigiosas.

Pudiera parecer lógico la existencia de un tribunal judicial Estatal para resolver cualquier litigio, pero debido a la desconfianza natural de uno de los litigantes al tribunal de la nacionalidad de la contraparte y por que no todas las actividades del comercio están sujetas de manera natural a un único Estado, es decir a un único tribunal estatal y a una única ley, pues los litigios actuales se encuentran vinculados a una gran cantidad de países es decir, de leyes y de órganos jurisdiccionales.

1.3.4 Deseo de armonía entre las partes

En el proceso jurisdiccional Estatal, al no haber flexibilidad en las reglas del procedimiento cada parte utiliza de sus mejores recursos y “Chicanas”, con la finalidad de seguir peleando y sin la menor intención de avenirse., lo que caracteriza una falta de lealtad entre las partes.

En la actividad comercial, no es propio que las partes se tomen enemigas. En el intercambio de bienes y servicios es necesaria la fidelidad y buena fe, de lo contrario se paralizaría el comercio. Por lo que es necesario solucionar las posibles controversias, pero sin llegar a una enemistad.

En este entorno, una relación comercial puede ser igual de valioso para una compañía como para una relación personal en la vida de una persona, por lo que una ruptura puede ser devastadora.

En este mismo sentido, el procedimiento judicial tradicional no es muy apto para resolver conflictos de carácter familiar, toda vez que se presentan en un ambiente hostil que no permite la comunicación plena entre las partes.

Por el contrario, en la mediación el poder no se centraliza en el juzgador, no existe el tercero extraño que decida, por lo que no existe un tercero alguno con poder.

El principio de armonía entre las partes y el equilibrio en un juicio se puede llegar a lograr cuando separamos la política del Estado a la de los que están sujetos los jueces y legisladores que expiden leyes.

Asimismo, podemos observar que en la mediación se presenta una negociación directa que permite el contacto, la experiencia conjunta por medio de sus pensamientos y emociones. El poder de la palabra y de la presencia física son insustituibles.

En este sentido notamos que se ha comenzado a desarrollar en otras ramas de las ciencias sociales estudios sobre la negociación y como se afectan las reglas de conducta aplicando este método, sin embargo, los gobiernos y en general la ciencia del Derecho se concentra caso por completo en crear reglas inflexibles, e instituciones burocráticas para resolver los conflictos, ignorando por completo el lado humano de quienes los viven.

Por lo que el poner más atención al lado humano de las partes de un conflicto es un paso importante para la solución del mismo, por lo que su arreglo deberá ser por una negociación directa, y no como sucede en la actualidad en donde se resuelve por medio de un proceso deshumanizado.

Como podemos observar, el procedimiento estatal convencional es excesivamente formalista y no contiene mecanismos que promueva una cultura de diálogo y entendimiento, es decir estamos ante la ausencia de instancias y mecanismos efectivos de comunicación entre las partes.

Por lo anterior se puede observar que el Estado en su facultad jurisdiccional no ha podido dar solución a los complejos problemas actuales, entre ellos los del comercio mundial, ni ha podido resolver los problemas que están mas allá de sus fronteras geográficas. Por lo que debe establecer un medio en donde los conflictos se solucionen con justicia y rapidez ya que hay que recordar el dicho, "justicia retardada es justicia denegada".

Por último y con la finalidad de dejar clara la problemática citaremos lo siguiente: "El sistema de justicia en América Latina y el Caribe no es eficiente y, en muchos casos, ni siquiera eficaz, debido a la falta de agilidad y funcionalidad de sus instrumentos de trabajo y a la ausencia de respuestas racionales y efectivas a los obstáculos que se presentan".³²

En este sentido se han dado movimientos para establecer medios alternativos al procedimiento Estatal, respondiendo así al marco de globalización que produce una internacionalización de los negocios, por lo que se promueve la internacionalización de soluciones alternativas de controversias.

Lo anterior se puede explicar por la razón de que empresarios provenientes de culturas legales distintas, estarán más interesados en un enfoque más eficiente y racional tendiente a la terminación de batallas legales que *manteniendo la idea rígida de la forzosa aplicación de su cultura legal.*

Esto último producirá una tendencia creciente a utilizar diferentes estilos para resolver controversias comerciales, asimismo, al crecer las relaciones internacionales se tendrán una serie de problemas referentes a la competencia de las distintas jurisdicciones.

Aunado a lo anterior existirán otros problemas relacionados con este crecimiento lo que llevara a mayor litigio, mayores costos, periodos más largos de tiempo, disminución en la calidad y resultados, así como un desprestigio del sistema jurisdiccional.

En este mismo orden de ideas Fernando Estavillo establece que "entre los diversos problemas que demandan una solución jurídica en nuestros días destacan: relaciones jurídicas complejas, derivadas de situaciones tales como la intervención de partes con distintas nacionalidades, el papel que desempeñan los avances tecnológicos, la necesidad de tratar con situaciones especialmente dinámicas, la necesidad de responder a ciertas condiciones de urgencia y oportunidad, la realidad de que los órganos de justicia están saturados y por razones de especialización resultan poco idóneos para resolver ciertas controversias, la necesidad de contar con medios flexibles y creativos para solucionar controversias que superen problemas inherentes a la jurisdicción ordinaria y que respondan con mayor creatividad y celeridad otorgando soluciones mutuamente satisfactorias, realistas y que sean factibles de ejecución."³³

³² Banco Interamericano de Desarrollo, Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe. Washington DC, BID, 1993, p.276.

³³ ESTAVILLO Castro Fernando *Op cit*, p.373

1.4 Los Métodos Alternativos de Solución de Controversias como una respuesta a las deficiencias del aparato judicial.

Los medios alternativos de solución de controversias son unas de tantas respuestas a la crisis del sistema judicial, que tiene sus propias limitaciones ya que no es aplicable para todos los casos, pero en general contribuye a la búsqueda de vías más eficientes de solución de controversias.

Estos medios alternativos de solución de controversias obedecen un principio, el cual es que en todo conflicto el medio más adecuado para solucionarlo es la comunicación y negociación directa entre las partes.

Como ya analizamos en el tema del conflicto, todos los seres humanos crean su mundo subjetivo, en donde el mundo objetivo es el pacto, es decir, convención, así, cuando dos humanos perciben una situación en la que ambos encuentran algún tipo de antagonismo respecto de lo que ellos estiman como sus intereses y por alguna razón no pueden o no quieren negociar directamente, parece beneficioso para ambos que un humano que no tiene interés personal en dicha situación, pueda facilitar la comunicación entre ellos para lograr un acuerdo satisfactorio.

Es por esto que al no poder establecerse una negociación directa, deberá intentarse la utilización de un facilitador.

El auge que ha tenido este movimiento, debido en parte al creciente rezago de los tribunales y el costo del proceso, ha provocado en los Estados Unidos de América y en otros países la implementación oficial y privada de dichos instrumentos, así como el intento de creación de una cultura noadversarial.

Ahora bien, el movimiento internacional de estos medios no está descubriendo algo nuevo, toda vez que no debemos olvidar que han existido a lo largo de la historia medios alternativos de solución de controversias distintas al procedimiento Estatal.

Asimismo, hoy se asume como un hecho indiscutible la teoría de la división de poderes en cada especie de gobierno, en especial se presupone como necesario que exista un cuerpo judicial que decida los conflictos que se generan en las relaciones interpersonales. Para este fin, las reglas jurídicas se refieren principalmente a cómo integrar a los órganos juzgadores y a cómo deben tomar sus decisiones. Una de las reglas que muestra el carácter del sistema de imparcialidad de legalidad prohíbe la relación humana directa entre el humano juzgador y el humano juzgado, la racionalidad es que si existiera una relación humana entre ellos, el juzgador sería parcial, perdería objetividad por el conocimiento personal del juzgado. Por esto se le impide al individuo juzgado comunicarse libremente con quien debe juzgarlo, en alguna manera se pretende una legalidad o justicia abstracta que no este condicionada por pensamientos y emociones de los protagonistas, se presuponen humanos inexistentes y se busca una especie de anonimato de los humanos, en aras de la pureza de las reglas jurídicas.

Lo anterior, es una postura deshumanizante que parte de premisas sobre cómo funcionan los humanos sin adentrarse al conocimiento particular de cada uno, por lo que se deben desarrollar medios alternativos de resolución de conflictos interpersonales mediante la comunicación de las partes, los gobiernos deberían adoptar políticas dirigidas a ampliar la comunicación en los procesos, por lo que habría que reconsiderar el contenido de los ordenamientos procesales cuyo efecto es precisamente hacer casi imposible un arreglo satisfactorio de los conflictos para las partes.

Los medios alternativos ofrecen una gama que conjuga, por un lado, sistemas muy similares a los adversariales pasando al otro extremo como son las negociaciones privadas, que son medios totalmente no adversariales. Asimismo, dichos medios nunca han tenido una teoría unificadora que explique o estructure una fórmula, que determine el porque y el como se desarrollan, más sin embargo, existe bastante experiencia acumulada en países como los Estados Unidos de América para permitir un análisis profundo que nos permita comprender lo que es un MEDIO ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS.

Los medios alternativos de solución de controversias se han desarrollado con una gran velocidad en los Estados Unidos de América, siendo éste país en donde se han implementado con éxito los centros de mediación y políticas alternas de solución de controversias en las cortes. Tal es el grado de su desarrollo que se han agregado dos frases que lingüísticamente marcan una diferencia, por un lado se habla de controversias litigadas (*dispute litigated*) y por el otro de controversias arbitradas (*disputed arbitrated*).

No obstante lo anterior, y si bien es cierto que la implementación de una institución legal perteneciente a un país no es siempre recogida y desarrollada con éxito, y a pesar del conocimiento general que establece que los medios de solución de controversias, y particularmente los procedimientos civiles son una expresión propia de la cultura donde se ejercen, es necesario contemplar la posibilidad de tomar como modelo lo que se está haciendo en esta materia en los Estados Unidos de América.

Ahora bien, esta variedad de medios alternativos ofrece procesos conocidos como arbitraje, mediación, conciliación, negociación. Siendo dichos procesos una herramienta utilizada para llegar a acuerdos de conflictos ya existentes o para prevenir en un futuro algunos. Asimismo, existen híbridos de los procesos antes mencionados, que comparten la naturaleza de ser medios alternativos de controversias.

1.5 Breves consideraciones históricas de los Medios Alternativos de Solución de Controversias

Los medios alternativos de solución de controversias han existido desde que el hombre trato de avenir un conflicto, pero estos han tenido su mayor desarrollo y práctica como instituciones formales y reguladas hace un par de décadas, siendo los Estados Unidos de América el país en donde se les ha dado un mayor uso.

Es en ese país en donde a partir de la década de los sesenta, se comenzó a buscar opciones para solucionar negocios complejos, por lo que en este marco se desarrolló un movimiento conocido como *Alternative Dispute Resolution*.

El movimiento se vio apoyado por las siguientes metas o expectativas:

- El tratar de aliviar la congestión que sufrían las cortes.
- El involucrar más a la sociedad en el proceso de solución de controversias
- El facilitar el acceso a la justicia
- El proveer soluciones de conflictos en un mayor número y mas efectivas.

La iniciativa o inquietud por los MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS en dicho país se plasmó desde la Suprema Corte, hasta miembros de barras y colegios de abogados, creando programas para ayudar a las cortes para poner fin a controversias intraraciales o intercomunitarias, naciendo para estos fines la Fundación Ford establecida por el National Center for Dispute Settlement, así como el Instituto de mediación y resolución de conflictos.

En menos de dos décadas dichos medios alternativos han pasado de ser un deseo por implementar un sistema, a un verdadero conjunto de prácticas inspiradas por el deseo de resolver controversias legales fuera de un juzgado, es así como en los años ochenta se implantaron sistemas anexos a los de los juzgados, por lo que se ha pasado de ser un concepto vagamente reconocido a una práctica seria.

En Latinoamérica recientemente se han dado esfuerzos para desarrollar el uso de los MASC, como ejemplo tenemos a Argentina en donde existen programas promovidos por la Fundación Libra.

1.6 Concepto de los Medios Alternativos de Solución de Controversias.

A los medios alternativos de solución de controversias se les ha definido como “un conjunto de prácticas y técnicas que apuntan hacia la resolución de las controversias legales fuera de las cortes, en beneficio de todos los contendientes, para reducir los costos del litigio convencional, así como los retrasos a los cuales ordinariamente está sujeto, o para prevenir que futuras disputas sean llevadas también a las cortes.”³⁴

El auge que tienen estos medios de solución de controversias se debe en gran parte a que son una alternativa del procedimiento judicial que reduce los costos de solución de un conflicto y propicia un ambiente menos adversarial.

En virtud de lo anterior, es importante destacar que la principal característica que tienen los medios alternativos de solución de controversias es el proporcionar una reducción en la incidencia de litigios, así como solucionar controversias de una forma más adecuada a las intenciones de las partes.

³⁴ LIBERMAN & HENRY, “Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement”, University Of Chicago Law Review 424, p. 53

En este sentido John R. Allison establece que los mecanismos de solución de controversias comparten dos características: "la primera es que todos están dirigidos a salvar legal y gerencialmente tiempo y dinero, y están enfocados a tratar de tomar una solución común a los intereses de las partes"

Para el Autor John Fisher los MEDIOS ATERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS se refieren "a un proceso, aparte del sistema formal jurisdiccional, que usa a un tercero neutral, para ayudar a desarrollar una solución para las partes en conflicto".³⁵

La autora Edith Barnett considera a los medios alternativos de solución de controversias como aquellos procedimientos que cubren desde procedimientos alternativos propiamente dichos, hasta procedimientos formales establecidos por los juzgados como medio de solución de controversias³⁶.

Ahora bien, el termino de alternativo se puede observar desde dos puntos de vista, el primero en el que las partes escogen privadamente el evitar un litigio o terminar un juicio, o bien, en una segunda concepción, alternativo por que existen reglas que requieren o permiten a las cortes el enviar a las disputas a otra por llamarle así "jurisdicción", como puede suceder en los programas anexos de arbitraje o mediación.

Por otro lado, el termino MEDIOS ATERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS envuelve varias técnicas de solución de controversias, como son mediación, arbitraje, summary jury trials, minitrial y evaluaciones neutrales, asimismo, los medios alternativos de solución de controversias podrán ser públicos o privados, voluntarios u obligatorios, gratuitos u onerosos.³⁷

1.7 Características y ventajas de los MEDIOS ATERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

A continuación se señalarán las principales características y ventajas de estos medios de solución de controversias mediante su comparación con el proceso ordinario.

³⁵FISCHER J., "Local Governments and alternative dispute resolution: new solutions to environmental problems.", *Public Management*; August 1993 p.16

³⁶BARNET Edith, "An overview of alternative dispute resolution in the United States and the District of Columbia Courts" *Revista Ars Juris Universidad Panamericana*. México 1995 N°12 p 216.

³⁷KERBESHIAN Lynn A., "ADR: To be or....?", *North Dakota Law Review*, Volume 70 N°2, 1994, North Dakota, EUA, p. 382

Los medios alternativos de solución de controversias son procesos enfocados a restaurar y construir confianza entre las partes, para que así puedan superar la hostilidad mutua, la cual prevalece en el sistema adversarial, y puedan ambas partes llegar a un acuerdo, siendo beneficiadas en una reducción de tiempo y en la calidad del acuerdo.

En contraposición, el procedimiento ordinario esta dirigido a nunca crear confianza con el adversario, por lo que el litigio se torna formal, confuso, divisivo y consumidor de una gran cantidad de tiempo, así como engañoso y distorsionante para cualquier relación que tengan las partes. Por el contrario, los medios alternativos se fundamentan en la hipótesis de que lo que impide a las partes resolver un conflicto es la falta de comunicación o interés de las mismas, y si éstas superan la falta de comunicación y de conflicto, podrían llegar a un acuerdo tan justo como el que se diera en un tribunal, por lo que tienden a crear un puente de comunicación entre las partes.

La teoría detrás de los MEDIOS ATERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS descansa en que para llegar a un acuerdo lo más justo y completo posible es necesario algún grado de comunicación, la cual únicamente se alcanza cuando existe una buena confianza entre las partes, lo que en el sistema adversarial no se genera sino todo lo contrario.

Otra característica y a la vez ventaja de estos medios es que las partes pueden buscar soluciones creativas a sus problemas, y estas soluciones generalmente serán más adecuadas que una sentencia que otorgue todo el beneficio a una de las partes, lo anterior debido a la flexibilidad que tienen para armonizar el proceso alternativo de conformidad con las necesidades de ambas partes.

Un claro ejemplo de esto lo observamos, tomando en cuenta que son distintos sistemas jurídicos pero que si es aplicable en el fondo, en un Pequeño Juicio o Mini Trial desarrollado entre la compañía Texaco y Borden, en donde las partes resolvieron un conflicto por un incumplimiento de un contrato multimillonario en una renegociación total del mismo. Lo anterior no hubiera sido posible en un juicio, en donde el ganador solamente recibiría daños y perjuicios por incumplimiento o bien se le hubiera otorgado un cumplimiento forzoso.³⁸

³⁸ LIEBERMAN & HENRY, Op cit, p. 427.

En este sentido, los resultados de estos medios pueden ser superiores a los acuerdos que se dictan en un juicio común, toda vez que un proceso ordinario se caracteriza por un resultado “gano y tomo todo”, por el contrario los medios alternativos se ocupan de ir más allá de lo que se podría observar en un conflicto, es decir, pueden tocar temas que no son objeto de la litis e ir mas allá de lo que se resolvería en un juicio, con lo que se demuestra la flexibilidad de los medios alternativos de solución de controversias, ya que las partes pueden adecuar los procedimientos de conformidad con sus necesidades.

Estos medios alternativos, permiten que en el caso de litigios en los cuales sean partes instituciones complejas, las negociaciones por los altos ejecutivos sean superiores a las llevadas por los abogados en un juicio normal, lo anterior responde a que los altos ejecutivos están más involucrados con la operación de sus negocios y pueden responder más rápido y con una mayor creatividad a las propuestas que son lanzadas por la contraparte, esto es también debido a que los ejecutivos sin dementar el papel de los abogados, tienen la concepción completa del negocio y no están tan constreñidos por los parámetros impuestos por la doctrina legal, o por el medio procesal adversarial.

En el sistema adversarial, su esencia es que los abogados de las partes tienen la responsabilidad de presentar toda pieza de evidencia y realizar todos los argumentos legales que sean posibles, tendiente a beneficiar a sus clientes.

La idea detrás de este sistema es que la verdad emergerá cuando las partes contrarias presenten sus casos, defendiéndolos lo mas agresivamente posible. Mientras que en estos medios alternativos no se presenta este ambiente de conflicto.

Por otro lado, la participación de las partes directamente en el conflicto puede ayudar a generar una negociación y un acuerdo mas completo. En este sentido, los medios alternativos de solución de controversias permiten una valoración realista de las ofertas y contra ofertas de las partes, sin dudar que éstas sean realizadas con el único fin de postergar un juicio o bien buscar argumentos para debilitar la postura de la contraparte.

Asimismo, los medios alternativos tienden a producir mejores resultados por que se usan neutrales privados que permiten que las partes sujeten su disputa a una persona con gran experiencia en un particular tema, ya que las disputas complejas manejan datos y elementos tan técnicos que la mayoría de los jueces no entenderían, y el hecho de rendir peritajes no es una elemento del todo clarificador, y así al utilizar un tercero neutral, permiten a las partes sujetar sus controversias a aquellos que tienen experiencia y conocimiento en el tema de discusión, pudiendo ser peritos en la materia del conflicto.

Otro aspecto importante a destacar, es que las partes al estar involucradas en el acto de selección del tercero imparcial así como en el acuerdo resultante están psicológicamente más dispuestas a acatar el acuerdo final, y cumplirlo, ya sea si es una decisión vinculatoria como sería en el caso del arbitraje, o bien un acuerdo realizado en mediación, o en una opinión de consejo, como sería en el caso de mini trial.

Asimismo, el efectivo cumplimiento de lo acordado es explicable ya que si las partes actuaron vigorosamente en la realización del acuerdo, estarán más dispuestas a cumplirlo en todos sus términos. Es decir, al tomar en consideración la verdadera voluntad de las partes, se les otorga la posibilidad de crear soluciones mas realistas que podrán cumplir con mayor efectividad, toda vez que las partes pueden controlar el proceso de solución.

Por otro lado, se puede decir que los medios alternativos y los procesos adjudicativos tienen distintas metas y por supuesto distintos efectos, en la adjudicación se deja marcado en el orden legal y social, dando como resultado un juzgamiento razonado, y en muchos casos se da en público y publicándolo, constituye un precedente y tiene su impacto inmediato en las partes y en un largo termino en el publico en general, llegando a un termino en el cual se determina que una parte esta en lo correcto y la otra es la incorrecta.

En contrario, los medios de solución de controversias pueden mirar la problemática completa sin constreñirse a los parámetros y formalismos que impone la ley, llegando ahí a una solución en donde las dos partes pueden resultar vencedoras, por lo que mediadores y árbitros no están necesariamente constreñidos y pueden crear soluciones creativas que ninguna corte o arbitro pudiera imponer.

En el proceso adjudicativo los jueces tienen el poder del Estado detrás de ellos, sus sentencias tienen poder de ejecución, mientras que en casi todos los medios alternativos de solución de controversias sólo podrá ser ejecutado coercitivamente si se termina como un acuerdo de transacción.

A manera de resumen y tomando lo expresado por el autor Jorge Alberto Silva,³⁹ las características comunes a los medios alternativos de resolución de controversias se pueden ubicar a las siguientes:

- A) Carecen de carácter político Estatal, o si acaso lo tienen no se les vincula con ese carácter.
- B) El principio de la autoridad o de la omnipotencia del Estado es inexistente.
- C) La resolución va en busca de una satisfacción del interés de los particular o compromitentes
- D) El procedimiento y resolución final no está marcada por los formulismos o lo mecánico, sino por el dinamismo y la flexibilidad.
- E) Resaltan también la confidencialidad, la mayor especialidad, la moralidad, privacidad y la verdad.
- F) La elección de individuos mejor capacitados para resolver el problema entre las partes.
- G) La conservación de la relación entre las partes.
- H) El interés de las propias partes para solucionar el problema.
- I) Son procedimientos que deben cumplir con los principios generales de todo procedimiento que les sean aplicables
- J) No son sustitutos de la actividad jurisdiccional toda vez que dejan la posibilidad de que las partes puedan acudir a una autoridad jurisdiccional
- K) Son procedimientos que están enfocados para prevenir y resolver controversias
- L) Interviene un tercero ajeno a la controversia, que en algunos casos sirve como facilitador, siendo un enlace entre los oponentes, y en otros casos puede dar una resolución al caso en concreto, por lo que dependiendo de cada medio alternativo hablaremos de medios autocompositivos o heterocompositivos
- M) La resolución que se obtiene de un medio alternativo puede o no vincular a las partes, dependiendo esta de los alcances que las mismas partes le hayan dada a su acuerdo.

³⁹ SILVA Jorge Alberto, op cit, p. 9

1.8 Críticas a los Medios Alternativos de Solución de Controversias

Si bien es cierto que los medios alternativos de solución de controversias pueden presentarse como la panacea de todo sistema judicial, y ser atractivos para la solución de controversias por su innovadora estructura y diversidad, se debe analizar y tomar con calma dicha afirmación, toda vez que los medios alternativos sirven en ciertos casos para agilizar la impartición de justicia, pero no son universales ni todas las materias pueden ser objeto de dichos medios, además que pueden presentar ciertos problemas en cuanto a su ejecutoriedad y obligatoriedad

A continuación presentaremos algunos de los argumentos en contra que han recibido los MASC, como se podrá apreciar estos son realizados por autores norteamericanos, lo anterior se debe a que en dicho país es en donde se han desarrollado con mayor volumen dichos instrumentos, lo que ha permitido observar las partes positivas y por supuesto las negativas de un sistema alternativo.

Desde los años ochenta, los expertos y ejecutivos han establecido en los Estados Unidos que los MASC son una serie de métodos sensibles, efectivos para mantener a las corporaciones fuera de las cortes, siendo procesos en los cuales no se tiene el resultado devastador de un litigio, es decir no se pierde o se gana.

Lo anterior provocó que una gran cantidad de compañías americanas adoptaran como política institucional el acudir al uso de los medios alternativos de solución de controversias, reportando ahorros considerables de tiempo y dinero.

Sin embargo, en opinión de sus detractores, las grandes esperanzas de los medios alternativos de solución de controversias se han ido borrando, toda vez que en una década se incrementaron los números de litigios, a pesar de haberse incorporado programas anexos de medios alternativos de solución de controversias.

Lo anterior, se debió a que no todos los programas de medios alternativos de solución de controversias se implementaron como debieron de haberse programado, es decir cuando se practican y se tratan de imponer como la única solución se convierten en un sistema judicial privado que cuesta y tiene las mismas deficiencias que el procedimiento convencional o adversarial, o bien se le añade una cantidad de elementos adversariales que no permite su funcionamiento.

Dentro de las críticas u observaciones que se les hacen a estos medios, es el punto de que al obligar a las partes en conflicto a acudir antes de un juicio a alguno de estos medios, produce que los acuerdos llegados por medio de esta práctica genérica e institucionalizada los hagan preferibles a los juicios estatales, cayendo así en una total privatización de la justicia, misma que se puede prestar a muchos vicios y vaguedades.

Dentro de estos vicios, se puede presentar que el consentimiento en estos tipos de acuerdos pudiera estar en algún momento coaccionado, produciéndose una serie de injusticias.

Lo anterior se explica por el posible desequilibrio de poder que puede ocurrir entre las partes que pretenden dirimir una controversia, ya que éstas llegarán a un acuerdo con base a negociaciones recíprocas, y si existe una disparidad económica, de poder, etc., entre las partes, afectará invariablemente en el proceso de negociación y el acuerdo será injusto para la parte que cuente con menos recursos o posibilidades.

Las disparidades en los recursos entre las partes, pueden influir en el acuerdo de tres formas: en la primera la parte menos favorecida tendrá menor oportunidad para analizar y conjuntar la información necesaria para predecir el resultado del litigio, por lo que se estaría en desventaja en el proceso de negociación. Segundo, al contar con una necesidad, podría aceptar una cantidad menor que la que se le daría en un juicio, por lo que en este caso se puede usar el acuerdo como un medio para acelerar el pago, y finalmente, la parte más pobre podría estar obligada a llegar a un acuerdo toda vez que no tiene los recursos necesarios para financiar un litigio, para cubrir sus pérdidas y erogaciones que un supuesto pleito legal le cauce.

Asimismo, la falta de balance de poder en un medio alternativo de solución de controversias, puede distorsionar el resultado del mismo, toda vez que dichas diferencias pueden influir en la calidad de la presentación de la información, a diferencia del procedimiento convencional en la cual se cuenta con la presencia del juez, el cual puede emplear una serie de medidas, apremio etc., para tratar de nivelar una iniquidad.

Para Owen Fiss existe una diferencia más crítica entre un proceso de acuerdo y el proceso judicial, ya que el primero esta basado en la negociación y acepta las inequidades de riqueza o financiamiento como un componente integral y legítimo en el proceso, mientras que el segundo, que conoce de dichas inequidades, aspira a una autonomía sobre el poder de las partes.⁴⁰

Otro argumento en contra de los acuerdos conseguidos en un medio alternativo de solución de controversias, es el punto en el cual se toma la decisión para transigir, en donde las personas que lleguen a formular un acuerdo no cuenten con la representación necesaria para obligar a su representada, o bien si tienen la representación pero puede ser que no cuenten con el pleno consentimiento de todos los miembros que integran una organización.

Por otro lado, los medios alternativos de solución de controversias pueden ser vistos como falsos remedios ya que el acuerdo puede parecer el sustitutivo perfecto de una sentencia dictada por un juez. Ahora bien, en un número de litigios en materia de familia y específicamente en el divorcio la sentencia no es la finalización total del litigio, si bien es cierto termina el proceso y se disuelve el vínculo matrimonial, pero la participación de la tutela del Estado se presenta indefinidamente, ya que en los casos de los acuerdos estos no pueden proveer la continuidad necesaria y por lo tanto no puede ser un sustitutivo de un juicio ordinario.

Un ejemplo muy claro de lo anterior lo tenemos en un juicio de divorcio en el cual la sentencia puede representar sólo la apertura de una serie de conflictos que necesariamente deben ser seguidos por un juez, como puede ser el cumplimiento de alimentos, o algún otro aspecto de derecho de familia.

Por lo anterior puede ser criticable la utilización de Medios Alternativos de Solución de Controversias involucrando aspectos de orden e interés público, en donde tanto las autoridades como la sociedad deben estar pendientes de lo que sucede.

⁴⁰ FISS Owen M., "Against Settlement", The Yale Law Journal, Vol 93, N° 1073, New Haven, EUA. 1984, p. 289

Otro problema que se presenta, a juicio de sus críticos, es que las partes al celebrar un acuerdo pueden estar optimistas frente al futuro, y podrán creer que pueden conseguir, mediante un acuerdo, términos más favorables, pero más tarde que nunca ocurre lo inevitable, una parte trata de ir a juicio para que se modifique la transacción, o para que se haga efectiva o menos restrictiva. Pero en este caso el juez está en desventaja ya que no tiene ninguna base o antecedente para otorgar lo solicitado.

El peligro de un acuerdo en gran parte se origina en que evita la necesidad de presentarse ante un juez y que éste solucione con su función pública el litigio, ya que si se trata de hacer efectivo un acuerdo que en este caso sería de transacción, el juez puede analizar el caso y acceder a la modificación, ejecución o nulidad pero en retrospectiva de un acuerdo que no conoció.

Otro punto delicado lo constituye el punto de la ejecutividad, en donde personalmente si estoy de acuerdo, ya que un acuerdo alcanzado por los Medios Alternativos de Solución de Controversias puede observarse por los juzgados como una negociación entre las partes sin que tenga la suficiente fundamentación para el ejercicio de una acción coercitiva.

El problema con un acuerdo de este tipo es que su naturaleza es más contractual que un acto de una autoridad judicial, por lo que se eleva la pregunta de cuándo se debe utilizar un medio coactivo de un acuerdo que necesariamente tiene que revisar el juez. Y aún revisando que cumpla con todos los requisitos para ser ejecutable, una negociación que termina en un acuerdo es un acto contractual que por su propia naturaleza no contiene la materia necesaria de obligatoriedad que le podría dar una sentencia que es el producto de un juicio de un juez.

Esta podría ser la mayor crítica que se le presenta a una mediación, por que de todas maneras, aun que las partes acuerden el renegociar después de la mediación inicial si se presenta un problema, las partes deberán acudir a un procedimiento ante un juez para que tenga fuerza su transacción.

En este orden de ideas, los medios alternativos de solución de controversias pueden hacer aparecer al acuerdo como un perfecto sustituto de una sentencia, mientras se trivializa la dimensión remedial de un juicio así como se reduce su función social a una práctica entre particulares que resuelven sus disputas.

En este sentido los acuerdos parecen cumplir exactamente el mismo propósito de una sentencia alcanzada en un juicio, que es lograr la justicia entre las partes, es decir establecer la paz en sus relaciones, pero a un considerable costo para la sociedad, ya que el proceso está diseñado para que en caso de una disputa las partes en ella acudan a un juzgado a resolverla, y la sociedad dispone y habilita dichas cortes por que busca y considera como necesario que dichas partes resuelvan sus problemas privados en una corte con el fin de asegurar la paz social.

Bajo este punto de vista, Owen Fiss manifiesta que el propósito de un proceso deberá ser visto en términos más amplios, la adjudicación utiliza recursos públicos y emplea no a extraños que escogen las partes sino a oficiales públicos para un proceso en el cual el público participa. Estos oficiales, como miembros del poder ejecutivo o legislativo, poseen una facultad que ha sido definida y conferida por ley y no por un acuerdo privado. Su trabajo no es el de maximizar los fines privados de las partes, no el acceder a la justicia o asegurar la paz, sino el explicar y dar fuerza a los valores que han sido plasmados en textos autoritarios como son la Constitución y las Leyes, así como interpretar dichos valores y adecuarlos a la realidad social que los envuelve. Ésta obligación no se cumple cuando las partes llegan a un acuerdo.⁴¹

En un sistema político como el nuestro, el poder judicial es una institución reactiva, significando esto que no busca ocasiones de interpretar la ley, sino que espera a que otros le brinden material para su atención y estudio, basándose sus decisiones en la investigación y presentación de otros de los hechos y resolviendo conforme a Derecho.

Al contrario de lo anterior, un acuerdo impide la actuación de un juez y quizás la habilidad de dar su interpretación. Una corte no puede proceder o no puede ir más allá cuando se encuentra con un acuerdo de transacción.

El hecho de ir en contra de estos medios de solución de controversias, establecen sus detractores, no es para urgir a las partes para que se vean forzadas a litigar, ya que de lo contrario se interferiría con su autonomía y distorsionaría el proceso adjudicativo, más bien es sugerir que cuando dos partes pactan la sociedad obtiene menos, y por un precio que no conoce. Las partes podrán dirimir sus controversias dejando a un lado la realización de justicia.

⁴¹ FISS Owen M., op. Cit., p. 290

En suma, existen tres casos en los cuales se pone en duda la utilización de Medios Alternativos de Solución de Controversias, en donde existen una significativa iniquidad entre las partes, aquellos en donde la dificultad de generar un consentimiento por parte de una persona autorizada, aquellos en donde las cortes deberán de continuar y supervisar la relación entre las partes después de la sentencia, y aquellos en donde la justicia debe de darse, o donde existe una genuina necesidad social por que se de una interpretación por parte de la autoridad judicial de una ley, es decir que se siente precedente.

Por otro lado existen también críticas en contra de los programas anexos a los juzgados al establecer que por estos medios se resuelven los conflictos con mayor rapidez pero no necesariamente con mayor justicia, estos programas deberán de ser totalmente voluntarios, y nunca se perderá el derecho a la jurisdicción ordinaria, toda vez que de lo contrario se perdería el derecho de acudir a las cortes, lo que daría a una serie de procedimientos para recuperar dicho derecho que haría obsoleto y mas tardado.

Mientras que los programas anexos a las cortes de medios alternativos de solución de controversias pueden ofrecer menores costos, mayores resultados, nunca podrán ofrecer mejores alternativas que un juicio tradicional en el que se respete principios procesales consagrados en ley.

Lo anterior se refleja a que en un juicio se establece por medio de la intervención estatal un supuesto equilibrio de poder mientras que en los medios alternativos de solución de controversias haya indicaciones de que no son los mejores sistemas de solución de controversias, en los casos en donde haya diferencia de poder como podría ser entre una mujer y su marido, en aspectos raciales o étnicos. Lo que no sucede en un juicio ordinario en donde se supone que esta es su ventaja la cual no debe ser desechada en orden de adquirir mayor rapidez y mas eficiencia.

Otro punto importante a destacar es el que al establecerse un programa de medios alternativos de solución de controversias anexo a un juicio este podría ser usado por los abogados litigantes como una estrategia para diferir o expandir periodos de prueba.

En este sentido, el autor Rodney S. Webb afirma que los programas no obligatorios anexos a los juzgados no hacen más que añadir la carga del trabajo para un juez, por lo que no se debe establecer un sistema público anexo a los juzgados sino más bien debe existir una alternativa para las partes por medio de la impartición de arbitraje o mediación o cualquier otro medio alternativo de solución de controversias los cuales deberán de ser proporcionados por el sector privado y no por las cortes federales.⁴²

Este mismo autor establece que el proceso ordinario es incompatible con un programa de medios alternativos de solución de controversias, ya que estos medios alternativos siempre observan a un compromiso como un punto intermedio y operan con la falsa premisa de que las partes en un litigio no están o totalmente en lo cierto o en absolutamente falso. Ciertamente un juicio ordinario es el medio perfecto de solución cuando las cosas o los hechos no están claros, y el problema de establecer una audiencia de mediación y conciliación obligatoria para poder acceder a un juicio provocaría o incentivaría a los litigantes a inflar sus demandas cuando ellos reconozcan que un término medio es la meta de un medio alternativo de solución de controversias.

En opinión de los críticos de éstos medios, a primera vista su la función y de la jurisdicción ordinaria es la misma, el resolver una controversia, en un sentido estricto esto es verdad; sin embargo, los medios alternativos de solución de controversias y los juicios ordinarios sirven de dos formas diferentes y tienen fines distintos, los primeros buscan resolver una controversia solamente ayudando a las partes a llegar a un acuerdo con mayor rapidez y menor costo, mientras que el segundo protege los intereses de la sociedad, indica las políticas públicas, educa y muestra a los ciudadanos el proceso de división de poderes, busca una verdad y protege principios, siendo todo esto de mayor peso que una simple solución de un conflicto. El sistema tradicional asegura a los ciudadanos que cada uno de ellos esta en su derecho de acudir a un juzgado para reivindicar sus derechos, y para esto no puede haber alternativa.

1.9 Argumentos a favor de los Medios Alternativos de Solución de Controversias

Además de lo establecido en los puntos anteriores, diremos que estos medios deben ser utilizados por lo siguiente:

⁴² WEBB S. Rodney, "Court Annexed "ADR" a dissent, North Dakota Law Review, Vol. 70 N°2, North Dakota EUA, 1994, p. 229

Los medios alternativos de solución de conflictos se fundamentan en la promoción de la comunicación entre las partes. En este sentido, es notorio como los procedimientos judiciales comunes impiden la comunicación y confianza entre las partes, razón por la cual muchas controversias no son resueltas satisfactoriamente.

Los MASC no buscan eliminar al procedimiento judicial, ni pretenden que todo conflicto tenga una solución no-judicial, de hecho la mayoría de la doctrina en este sentido reconoce que existen casos en los que estos medios no son adecuados.

Asimismo, los MASC sí pueden llegar a un acuerdo más justo, puesto que las partes estuvieron presentes en su elaboración, y dichos medios son más flexibles, por lo que podrán adaptarse más a las situaciones personales de las personas en conflicto.

Además, los MASC utilizados en programas anexos a los juzgados, siempre son controlados por las autoridades, estableciendo los principios generales y controles reglamentarios o estatutarios, para que en los casos en que existe una diferencia de poder entre las partes, sea responsabilidad y tarea de los mediadores, árbitros, facilitadores, etc., de impedir abusos o irregularidades.

1.10 Medios Alternativos de Solución de Controversias en específico

Aquí desarrollaremos los MASC, tanto autocompositivos como heterocompositivos, que son utilizados actualmente en los Estados Unidos de América, y la mayoría de ellos desconocidos en México.

1.10.1 Juicio Privado (Rent a Judge)

Este medio de solución de controversias es una variación proveniente del arbitraje combinado con el procedimiento Estatal tradicional, es utilizado en varias jurisdicciones de los Estados Unidos, en especial con gran éxito en los Estados de California y de Florida.

En estos Estados se permite que los litigios sean referidos a jueces privados cuya autoridad es equivalente a un juez ordinario, con todas sus características y facultades, obteniendo de ese proceso una resolución que es equiparable con una sentencia de primera instancia, la cual es apelable ante los tribunales ordinarios.

Su fórmula es la designación "voluntaria" que las partes hacen de un tercero (generalmente un abogado con prestigio o un juez retirado), el cual se encarga de dirigir todo el procedimiento y dictar la sentencia definitiva en los mismos términos que lo haría el órgano estatal, pero con la distinción de una reducción impresionante de tiempos, especialización del caso y contacto más personal con los contrincantes.

El juez retirado escuchara su caso, de la misma forma que lo haría un árbitro, utilizando normas procedimentales de la misma forma que a aquellos que se aplican en un juzgado, a menos que las partes lo modifiquen.

Dentro de las ventajas que se pueden encontrar en este tipo de medio alternativo es el de reducción de tiempos, toda vez que las partes no tienen que esperar a que se de fecha para audiencia, ya que las partes la fijan de antemano, contribuyendo así también a agregar privacidad.

Un ejemplo de el uso de este tipo de procedimientos fue el caso entre el presentador de televisión Jonny Carson y la cadena televisiva ABC que fue sometido a este sistema por la ventaja de confidencialidad.

La crítica que se puede hacer a este tipo de procedimiento híbrido entre la jurisdicción ordinaria y el arbitraje es que se podría empezar a dar un uso de él, en el cual solamente se le daría oportunidad de acudir a la justicia a aquellos que la pudieran pagar, siendo violatorio al principio constitucional del artículo 16 justicia pronta y expedita para todos.

En este sentido la autora Jaqueline Nolan establece que estos procedimientos carecen de "*public accountability*" "o de sentido social y pueden crear un sistema de dos vías de justicia donde los acomodados que pueden pagar por ello usan jueces privadamente seleccionado mientras que los pobres son relegados al sistema publico tradicional".⁴³

En julio de 1993 el Consejo Judicial de California adoptó las reglas que rigen a las jueces privados, las normas se limitan a los casos referidos por las cortes y excluyen a los mediadores o a las firmas privadas de solución de controversias.

⁴³ NOLAN-Haley Jaqueline, Alternative Dispute Resolution, West Nutshell Series, West Publishing Company, St. Paul MN. 1991, p. 200

1.10.2 Pequeño Juicio (Minitrail)

El minitrial o pequeño juicio es un híbrido de la mediación, negociación, arbitraje y el proceso ordinario, siendo un procedimiento totalmente voluntario e informal, normalmente iniciado por las partes en disputa, aunque puede formar parte de un medio alternativo establecido por un juzgado.

El pequeño juicio "realmente no es un juicio en su sentido literal, más bien es un proceso estructurado de arreglo el cual puede contener y mezclarse con componentes de negociación, mediación y el sistema adversarial"⁴⁴

Este medio alternativo funciona mediante el acercamiento entre los contendientes antes de ingresar a la justicia Estatal y está destinado a buscar acuerdos estructurados a las necesidades especiales de las partes. La efectividad de este procedimiento radica en la voluntad y la capacidad de los ejecutivos de las empresas para solucionar la disputa. con este instrumento se busca que las partes conozcan en detalle las diversas posiciones de la controversia antes de emprender una acción judicial formal, así como obtener una visión objetiva y realista de la posición que pudieran lograr. respecto de los resultados proyectados que se pudieran lograr ante la autoridad judicial.

Este medio alternativo surgió en California, en la Corte Federal, creado por los abogados de las compañías TRW y Telecredit con el fin de terminar un complicado proceso de patentes que llevaba tres años en las cortes estatales y había producido más de 100, 000 documentos de prueba, generando el gasto de medio millón de dólares por cada parte en costos legales.

Dicha controversia se resolvió por un Minitrail en seis semanas de aportación de pruebas, dos días de presentación por parte de los abogados ante un panel ejecutivo de cada compañía con poderes para negociar y un tercero neutral, seleccionado de común acuerdo por las partes. Después de los argumentos, los ejecutivos se reunirían para llegar a un acuerdo, y de no ser así, el tercero promulgaría una decisión no obligatoria. Después de 11 semanas de negociaciones las partes llegaron a un acuerdo⁴⁵.

⁴⁴ NOLAN-Haley Jaqueline, Op cit., p. 191

⁴⁵ MONROY Cabra Marco Gerardo, Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, 1era Edición, Oxford University Press-Harla, México 1997, p. 100

Por otro lado, el pequeño juicio es un procedimiento flexible el cual podría ser delineado para alcanzar las necesidades individuales de los litigantes, es por esto que las formas de llevar las audiencias varían. Por el hecho de no existir reglamentación alguna son los intervinientes los que van dando forma y medida a este tipo de conflicto.

Esencialmente hay tres partes estructurales en un pequeño juicio: i) la parte de planteamiento de posturas y argumentos, ii) la audiencia en donde se discuten los argumentos, y iii) la audiencia o reunión en donde se llega a un acuerdo por las partes.

La primera fase consiste en llegar a un acuerdo por el que los contendientes además de limitar el conflicto mediante la descripción de las partes y principios que regirán el proceso, la selección del tercero neutral, las políticas de intercambio de posiciones o argumentos, y el aspecto de confidencialidad, resumen los objetivos del procedimiento y selección de un tercero neutral que servirá para encaminar el procedimiento. En ese momento se decide si se acudiría un tercero neutral, que generalmente se hace con la selección común de una persona de una lista de cuatro aportados por las dos partes a razón de dos por cada una.

En esta fase se acostumbra intercambiar puntos de vista, argumentos introductorios y un resumen relacionado con el testimonio de los testigos, se podrá establecer el formato tiempo y procedimiento a seguir, así como podrán las partes formular posiciones y desahogar pruebas.

La segunda fase consiste en la audiencia, la cual está prevista con la intención de ser informal sin aplicar las reglas de evidencia y procedimiento civil, pero si bajo el principio adversarial de presentación y refuta de argumentos o posiciones, y debido a la confidencialidad del procedimiento se asegura una discusión libre y abierta.

En esta segunda fase, la cual se le ha denominado como de intercambio de información, el consejero o abogado de cada una de las partes realizará sus alegatos presentando su caso ante los representantes de las partes, los cuales deberán contar con facultades para obligar a su representada, seguida por una cesión de preguntas y respuestas. El tiempo de cada presentación lo acuerdan las partes.

Esta etapa es característica por el intercambio de información relativa a los hechos, la presentación de elementos probatorios y la exposición de las argumentaciones de los abogados.

El tercero neutral generalmente un abogado o un juez retirado, podría comentar sobre los argumentos o la evidencia y preguntar a los testigos y al consejero.

El hecho de participar en esta audiencia permite a los consejeros o ejecutivos el apreciar el caso, la fuerza o debilidad de sus posiciones y las de su contrario.

Siguiendo después del intercambio de información, las partes podrán solicitar que el tercero neutral evalúe el caso y ofrezca una opinión del probable resultado del litigio si este fuera litigado en un juicio ordinario.

Es importante destacar que la opinión del tercero neutral puede tener un impacto significativo en la decisión de las partes de negociar, particularmente si este tercero es un juez retirado o un abogado con experiencia reconocida en el litigio a que se sometió en un Minitrial.

El tercero neutral como parte de este proceso de juicio, podría ser solicitado para que realice las funciones de mediación durante las secciones de arreglo.

En algunas situaciones las partes podrán no decidir el usar a un tercero neutral para conducir el intercambio de información, y después de la audiencia, las partes simplemente se atenderán a negociar un acuerdo bajo sus propias voluntades sin la asistencia de sus abogados.

La siguiente fase del proceso es la de discusión del arreglo, en donde los representativos o ejecutivos que han atendido al intercambio de información entran en una fase de negociación y decisión con miras a llegar a un acuerdo. Los ejecutivos se reúnen un número de veces ya preestablecido y por tiempo determinado.

Es así como esta tercera etapa es una fase de negociación basada en la información y pretensiones conocidas por las partes y que concluye con el acuerdo que da fin al litigio, mismo que requerirá además revestirse de una forma tal a fin de que las partes se vean obligadas y aseguradas a su cumplimiento.

Esta fase se complementa con un plan de contingencia para resolver la controversia en caso de no llegarse a un acuerdo, como por ejemplo cabe la posibilidad de establecer un punto medio si se esta negociando un punto dentro de un margen determinado.

Si las partes no llegan a un acuerdo durante la fase de arreglo estos podrán acudir y pactar con el tercero neutral para que inicie un proceso de mediación, y si aun así el caso no se arregla, el pequeño juicio es considerado como un proceso eficiente ya que el tiempo que se ocupa para preparar el intercambio de información se ahorra en un juicio.

El sistema de pequeño juicio ha probado ser exitoso en litigios civiles de alta complejidad donde están entremezcladas cuestiones de hecho y de derecho, se ha usado con un gran éxito en casos de patentes, competencia económica, contratos gubernamentales, cumplimiento de contratos de construcción, en materia de protección al consumidor.

Por el otro lado existen limitaciones de este proceso, ya que si una de las partes necesita el efecto catártico de un juicio con un veredicto a su favor, una versión corta de este puede ser insatisfactoria, si una de las partes no tiene deseos de llegar a un acuerdo probablemente es una pérdida de tiempo.

Respecto a la obligatoriedad de los resultados obtenidos en el pequeño juicio existen dos posturas, la primera de aquellos que creen que el acuerdo de un pequeño juicio sólo compromete a las partes a acudir a charlas en búsqueda de un acuerdo. Si una de las partes no quiere acudir, la corte no tiene por que obligarla, pues ya se manifestó la falta de voluntad de llegar a un acuerdo.

La segunda postura es de aquellos quienes equiparan el acuerdo de participar en un mini trial con la cláusula compromisoria, que compromete a las partes a someter el caso a un proceso denominado minitrial.

Para saber si una disputa sea susceptible de solucionarse mediante un minitrial, se necesita, analizar si el caso permite una solución pronta, la importancia de mantener una relación comercial, el ahorro económico, casos en que hay diferencias de opiniones entre expertos, casos en que se ha establecido la veracidad de los testimonios, la confidencialidad del caso, la voluntad de las partes para llegar a un acuerdo.

Ejemplos de Minitrial los encontramos tanto en controversias entre particulares, así como entre organismos públicos y particulares, en el primer supuesto se dio un caso muy sonado en los Estados Unidos en donde la Union Carbide llegó a acuerdos en 18 asuntos de lesiones personales resultantes de la exposición a químicos industriales.

1.103 Mediación-Arbitraje

Este procedimiento se caracteriza por que la misma persona que se encuentra facultada para ser en un principio mediador puede desempeñarse, si es necesario como un árbitro, en efecto ésta tercera parte neutral funciona como un catalizador para que las partes lleguen a un acuerdo toda vez que la presencia de un neutral que ultimadamente tiene que llegar a una decisión sobre el caso les da a las partes el sentimiento e incentivo de llegar a un acuerdo.

Hoy este proceso se ha adoptado en ciertos casos comerciales y en programas anexos a las cortes.

El procedimiento de "Med-Arb" es considerado como uno de los más eficientes en el campo de los medios alternativos de solución de controversias, tiene más fuerza que una mediación seguida de un arbitraje con una diferente persona, ya que si el proceso de mediación no resulta, no será necesario para las partes, buscar y comenzar un nuevo proceso con un nuevo árbitro.

Por otro lado, a este proceso se le ha criticado en el sentido de que podría ser difícil, si no imposible, para la persona que conoció información confidencial como mediador, el dar un laudo como árbitro. Toda vez que en la mediación el intercambio de información se supone confidencial y por esto se descubren aspectos que en un litigio o en un procedimiento arbitral no se llegarían a conocer.

En algunas variantes de este proceso el mediador actúa simplemente como un tercero que aconseja a las partes, las cuales al estar informadas de su opinión están informadas de cual será la decisión del árbitro pudiendo entonces acordar por sí mismas. En otros modelos, la mediación recomienda a la corte como deberá se resuelta la disputa.

1.104 Juicio Sumario (SUMMARY JURY TRAIL)

Es un procedimiento no obligatorio por el que las partes presentan sus argumentos ante un jurado, el cual analiza los puntos fuertes y débiles de aquellas, y otorga un veredicto, el cual no es obligatorio, que servirá como base para llegar a un acuerdo.

Este proceso surgió de la mente del juez Thomas PLambros, miembro de la Corte Distrital de Cleveland, como una vía para eliminar la congestión de los asuntos a su despacho en 1980, logrando en los primeros cinco años llegar a 200 acuerdos por esta vía.

En sí, es un procedimiento en donde un jurado es llamado ante un juez o magistrado, de la manera usual y se les informa que presenciarán un litigio y lo resolverán, sin hacer mención de que no es obligatoria su decisión. Luego los abogados presentan sus argumentos y testimonios y el jurado es llamado a deliberar, y regresa con un veredicto como si efectivamente se hubiera llevado a cabo un juicio normal.

Posteriormente los abogados y sus clientes pueden hablar libremente con los jurados, para determinar cuales fueron las razones por las que dieron en un sentido su veredicto.

La idea central de un summary jury trail es el facilitar el llegar a un acuerdo dándole a las partes consejo y un sentimiento de cómo un jurado evaluaría su caso, con la ventaja de que el veredicto no es obligatorio y las partes pueden atender a un juicio ordinario. Pero lo que sí es obligatorio es el acudir al summary jury trail, como parte del *pretrial*, como si fuera una audiencia de conciliación (*pretrial conference*).

En suma, el éxito de dicho método radica en dos elementos: el primero en que esclarece lo que un jurado piensa de su posición en el caso y el segundo en que las partes sienten una tranquilidad emocional de presentar el caso en una corte, asimismo su ventaja más radical frente al proceso tradicional es la celeridad del mismo.

En cuanto sus desventajas podemos apuntar las siguientes: no es un procedimiento que como resultado su sentencia sea obligatoria, puede entorpecer una solución debido a que no se aceptan los testimonios de los testigos, sino resúmenes de testimonios expuestos por los abogados, y el hecho de recibir tanta información en tan corto tiempo dificulta una justa propuesta por parte del jurado.

A pesar de lo anterior es una buena opción que hoy día se está utilizando en los Estados Unidos de América.

1.10.5 Solución por Especialistas (Special Masters)

Este es un sistema híbrido entre el mini trial y la investigación neutral de los hechos. Comenzó con el uso de expertos para esclarecer los hechos durante el proceso y fue instituido por el juez Robert Zamprano. En cada caso, el juez realizaba una conferencia de una hora, en búsqueda de solucionar el problema de común acuerdo.

Posteriormente después de darse cuenta del tiempo que invertía, pidió a unos abogados importantes de Nueva Haven que dirigieran las sesiones sin remuneración alguna. Después se extendió a seis grupos de dos abogados cada uno. También formó paneles con maestros, constructores y electricistas para resolver casos de construcción. Este proceso ya ha dado resultados, por ejemplo la empresa Unysis llegó a un acuerdo de pagar 150 millones de dólares e una demanda ambiental pocas horas antes de empezar el proceso judicial.

1.10.6 Consulta

El procedimiento de consulta es un medio alternativo de solución de controversias, mediante el cual las partes convienen en consultarse previamente entre sí respecto a las medidas que tomarán al surgir una controversia.

El objetivo de la consulta es el prevenir el surgimiento de una controversia, y se utiliza tanto en las relaciones económicas internacionales en donde suele recurrirse a ella antes de entrar en negociaciones más formales, como en materia privada en donde se pacta en los contratos la obligación para las partes de juntarse periódicamente para tratar y analizar la evolución del contrato así como los imprevistos que se presenten .

Las consultas no tienen un efecto obligatorio para las partes, pudiendo dárselas por ellas mismas, estableciendo la condición en un contrato de que se consultaran entre ellas previamente al momento de surgir una controversia.

1.10.7 Arbitraje Derivado. (Court Annexed Arbitration)

Este es un procedimiento el cual participa de la naturaleza y características similares del arbitraje común, pero con la peculiaridad de que se presenta dentro de un procedimiento judicial ya iniciado en donde alguna de las partes solicita que el asunto pase al conocimiento de un árbitro designado por el propio juez para que sea éste el que finalmente resuelva la contienda.

Este tipo de arbitraje no nace de una cláusula compromisoria o de un compromiso arbitral, más bien es un arbitraje obligatorio y que deriva de un juicio ya iniciado, por lo que las partes pueden rechazarlo y continuar el juicio o bien iniciar un arbitraje, cuyo resultado es el pronunciamiento de un laudo, que necesariamente se remite al juez original para que éste sea quien dicte su ejecución, pudiendo apelarse ante tribunales de segunda instancia.

1.10.8 Oyente Neutral

Este mecanismo es utilizado previamente antes de pasar a cualquier otro medio alternativo, en donde las partes eligen a una persona a la que cada una de las partes hace llegar su mejor propuesta, para efectos de que el oyente neutral las analice y determine si se encuentran lo suficientemente cerca ambas propuestas como para que se celebren reuniones de negociación o mediación.

En este orden de ideas, las partes en ningún momento conocen la pretensión o propuesta de su oponente, debiendo entonces el tercero neutral elegido limitarse a estudiar la posibilidad de acercamiento y mantener una estricta confidencialidad y reserva de las posturas que conoce; sin llegar a emitir o proponer una solución al caso, constituyéndose éste en un facilitador para que las partes posteriormente puedan llegar a una solución de la controversia.

1.10.9 Determinaciones por experto neutral

Este es un medio que se fundamenta en los principios básicos del arbitraje, pero con la característica particular de ser especializado y confidencial.

En la legislación procesal de los Estados Unidos de América se le conoce como *Neutral Expert Factfinding*,⁴⁶ siendo utilizado frecuentemente en conflictos relativos a secretos técnicos o comerciales, casos de propiedad intelectual y otros similares, debido a su especialidad y detalle técnico.

La naturaleza propia de este procedimiento podría encuadrarse en un juicio de peritos, por lo que las partes pueden establecer que la resolución adoptada por el experto neutral si obliga a las mismas.

⁴⁶ ESTAVILLO Fernando, op. cit. p. 7

1.10.10 Decisión no obligatoria.

En este procedimiento las partes sujetan su disputa ante un tercero especializado, denominado *adjudicator* el cual dictará una resolución que no es obligatoria.

Dicho mecanismo es utilizado en materias de patentes y marcas, y puede ser transformado para dar inicio a una conciliación o una mediación, con el beneficio de que el tercero ya conoce la materia del conflicto.

Este medio aún cuando se confunde con una amigable composición especializada llega a diferenciarse en que la resolución del *adjudicator* no es obligatoria, sin embargo para el caso en que las partes quisieran que la misma tuviera efectos vinculantes para las partes, se recomienda que revistan su procedimiento con las características y requisitos del arbitraje o bien la mediación.

1.10.11 Adaptación de Contratos.

En materia de comercio se está presentando el fenómeno de que los contratos comerciales nacionales e internacionales tengan una duración larga, por lo que pueden estar sujetos a cambios que afecten las condiciones en las que se pactaron. Lo que afectaría el efectivo cumplimiento o ejecución de las obligaciones, hasta el punto mismo de que se presentaría un incumplimiento total.

En respuesta a lo anterior, se ha desarrollado un mecanismo que es la adaptación de contratos, la cual tiene como finalidad el encontrar por medio de la participación de las partes el efectivo cumplimiento de lo que originalmente se convino.

Es así como las partes acuerdan la intervención de un tercero independiente con el objeto de adaptar el contrato original, actualizándolo a los nuevos circunstancias.

El resultado de este procedimiento es el que las partes pueden establecer la obligación de celebrar un nuevo contrato o bien modificar el anterior en los términos y condiciones señalados por el tercero.

Por otro lado si en el documento que se trata de actualizar se privó la posibilidad de realizar en un futuro un ajuste, las cargas u obligaciones que se deriven de la adaptación deberán ser exigibles, pues aún cuando los términos finales de estas no estaban determinados, se determinaran con posterioridad, por lo que se hacen exigibles para las partes.

El fundamento de este mecanismo se encuentra en la propia voluntad de las partes, las cuales al observar un cambio en las condiciones de contratación emiten su consentimiento para llevar a cabo una revisión del mismo, por lo que en sí mismo no es un medio resolutor de controversias, ya que no existe un conflicto, o bien esta latente, es mas bien un medio preventivo de un conflicto que busca darle plena efectividad a contratos de largo plazo.

1.10.12 Los Buenos Oficios

En este mecanismo el tercero se limita a intentar alentar a las partes para que inicien o reanuden las negociaciones tendientes a resolver la controversia.

El tercero que interviene, tratará de buscar una avenencia entre las partes como si fuera un oyente natural o mediador, con la característica de que sólo busca un acercamiento entre las partes y no conoce del asunto para dar su opinión si existen posibilidades de arreglo.

La persona designada como tercero puede ser una persona física o una comisión y es necesario que esté aceptado por las partes en el conflicto. La intervención de este sujeto se debe mas que nada a que las partes no están dispuestas de manera espontánea a entrar en negociación. Es por esto que su función debe ser considerada como la de un facilitador y no como un resolutor de la contienda.

1.10.13 La Investigación.

Este método se utiliza frecuentemente en aquellos casos en donde resulta necesario conocer la verdad objetiva de un hecho y los acontecimientos que la originaron a efecto de que a partir del mismo las partes puedan acercarse a un arreglo o fijar las bases de la contienda.⁴⁷

⁴⁷ESTAVILLO Fernando, op cit. p. 11

El tercero encargado de la investigación puede ser una persona o una comisión, el resultado de este procedimiento es un dictamen o informe que no es vinculante, el cual es de gran utilidad para que las partes reconozcan la parte objetiva del conflicto y al tener también un verdadero conocimiento de los hechos puedan llegar a algún tipo de acuerdo.

CAPITULO SEGUNDO

LA MEDIACIÓN

2.1 El por qué de la mediación

En nuestra sociedad moderna existe una corriente que no sólo está marcada en el ámbito del Derecho, sino que está cambiando todos los modelos teóricos unánimemente aceptados, desde las teorías del conocimiento, el arte, las técnicas de la comunicación, así como en el campo de la antropología filosófica.

En este cambio de modelos de pensamiento existe un denominador en común, el cual se traduce en el protagonismo del hombre, aquel hombre que se yergue a sí mismo y aparece con connotaciones y consideraciones diferentes, especiales, nuevas, que clama, que quiere ser escuchado, que espera respuestas y busca por sus propios medios la solución de sus conflictos.

Ahora bien, los métodos para evitar y solucionar conflictos han sido diversos en la historia de la humanidad, desde la etapa de la venganza privada a la concepción de la idea que alguien ajeno a la disputa tomara la decisión al respecto, llámese brujo, rey etc., para posteriormente arribar a un poder absoluto, el Estado, por el cual se establece que cualquier controversia deberá ventilarse ante un poder jurisdiccional, supuestamente independiente y con características multifacéticas.

Así es como en nuestra sociedad se ha generado un mayor grado de litigiosidad debido a la multiplicidad de relaciones y a la complejidad de las mismas, lo que conduce a que sea de gran importancia para el mantenimiento del orden social el resolver cualquier controversia con la celeridad necesaria, en un marco de justicia y respeto a las garantías individuales.

En este contorno surgen ideas de cambio, la concepción de que el hombre ya no se satisface únicamente con otro que determine quién tiene razón en la disputa; parecería que la resolución impuesta por un tercero ya no alcanza para responder el conflicto humano, por lo que el hombre busca algo diferente y se detiene ante un método que le promete solución: la mediación.

La mediación en estos términos cumple con la expectativa de ser un medio por el cual el hombre solucione sus controversias sin abdicar a su protagonismo, partiendo de dos puntos fundamentales: la revalorización y el reconocimiento del ser humano.

Por lo anterior, en la mediación se reconoce la capacidad de uno para resolver aquello que le afecta, y esto implica un reconocimiento del otro, una apertura para entender que se enfrenta con alguien que es un ser similar a uno, lo que implica empezar a reconocer que el "otro" ya no es un enemigo, sino alguien que siente, piensa, tiene necesidades similares y que merece ser respetado.

Entonces, la mediación no es simplemente un medio alternativo de solución de controversias, no es sólo un programa conexo a los tribunales implementado para darle una solución más rápida a los conflictos, sino que de fondo esta correspondiendo a un movimiento que no sólo abarca el Derecho sino a toda la humanidad.

Además de lo anterior, la mediación participa de las bondades ya analizadas de los Medios Alternativos de Solución de Controversias, por lo que es un instrumento creativo y conforma un medio para ampliar soluciones que se abren como un abanico de posibilidades que no se encuentran limitadas por las normas procedimentales.

Asimismo, la mediación añade un aspecto, la posibilidad de que las partes pueden pensar en futuros negocios por no haberse afectado su relación durante el proceso.

Es así como la mediación se presenta como una de tantas alternativas al manejo de conflictos, siendo una de tantas soluciones para evitar el congestionamiento en la actividad judicial, favoreciendo a un completo ajuste del principio constitucional de justicia expedita.

2.2 Historia de la Mediación

La mediación no es una invención novedosa sino una adaptación de lo que ya existía en otras culturas o en otras épocas.

Sus antecedentes históricos los podemos encontrar, tanto en nuestra cultura occidental, como entre la cultura oriental, por ejemplo en la antigua China, en donde la mediación era el principal recurso para resolver desavenencias. Cohen hace referencia a una cita de Confucio, en donde se remarcaba que la resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo coacción.⁴⁸

La mediación en dicho país tiene una base cultural y antropológica, aun y cuando no fue ajena también a una razón política, ya que el interés que tuvieron en otra época los emperadores por tener un conocimiento y hasta un dominio de las poblaciones a través de los mediadores que imponían determinadas soluciones.

Hoy con una estructura y organización política, esa finalidad se ha transformado siendo importante que el pueblo esté representado por los mediadores, evitando los conflictos y ayudando a la gente a resolverlos por sí mismos; por ello se ha señalado que se ha convertido en un importante componente del sistema legal socialista de China, por lo que en la actualidad se sigue utilizando la mediación como institución de solución de conflictos a gran escala, contando dicho país con los llamados Comités Populares de Conciliación, además de que su sistema legal le concede una importancia considerable a la autodeterminación y a la mediación en la resolución de todo tipo de desavenencias.

Por otro lado, en el Japón la conciliación y la mediación tienen una historia arraigada en la costumbre de sus ciudadanos, desde siempre se ha utilizado a la figura de líder como un resolutor de controversias.

En épocas más recientes, Japón instituyó a finales de los años treinta como obligatoria la conciliación de desavenencias personales en sus tribunales, siendo tal la tradición de la mediación en la sociedad japonesa, que varios autores norteamericanos al comparar su sociedad con la japonesa expresaron su inquietud por la relativa ausencia de abogados en el Japón.

En África la costumbre de reunir a una asamblea, o junta de vecindario, ha constituido durante el paso de los siglos un mecanismo informal para la resolución de controversias interpersonales. Aquí cualquier contendiente, vecino o persona interesada puede convocar una asamblea donde una personalidad con "*Auctoritas*" actúa como mediador para ayudar a las personas interesadas en resolver su conflicto de una manera cooperativa.

⁴⁸ COHEN J.A., "Chinese Mediation on the Eve of Modernization", California Law Review, 52 (2), 1966, Pp 1201-1226

Estudiando a estas asambleas tribales se puede analizar a la mediación, como medio de solución de conflictos a través del paso del tiempo.

En un principio, como lo establecen Vroom, Fosset y Wakefiel, la mediación en muchas tierras y culturas constituyó un recurso dentro de los extensos círculos familiares y de parentesco, en donde los jefes de familia patriarcales y matriarcales ofrecieron su sabiduría para ayudar a resolver controversias entre su comunidad.⁴⁹

Ahora bien, a medida que estas familias rurales se integraron para dar lugar a pequeñas poblaciones y éstas se convirtieron en ciudades, la estructura familiar comenzó a disminuir su maleabilidad como recurso para resolver conflictos, por lo que las personas mostraron una tendencia más creciente a acudir en busca de mecanismos más formales para resolver sus desavenencias.

En este orden de evolución, la iglesia católica, como institución, pasó a desempeñar un papel destacado en la resolución de conflictos entre sus miembros. Con frecuencia el párroco o sacerdote era invitado a intervenir como mediador, especialmente en desavenencias familiares.

Folberg y Taylor señalan que existe una rica tradición de mediación en el Nuevo Testamento, y es congruente con la reconciliación y el perdón, valores bíblicos centrales.⁵⁰

Por otro lado, los propios grupos de mercaderes, gremios comerciales, gitanos, etc., sintieron la necesidad de resolver sus conflictos, sin la imposición de una autoridad externa, surgiendo así los tribunales mercantiles.

Posteriormente con el nacimiento del Estado, se estableció que cualquier controversia deberá ventilarse ante un poder jurisdiccional, supuestamente independiente y con características multifacéticas, iniciándose así el monopolio estatal en la solución del conflicto, presentando como único medio resolutor el proceso jurisdiccional.

⁴⁹ VROOM P., FOSSETT, D., WAKEFIELD, R., "Mediation - The Wave of The Future", American Family, 4, 1981, Pp 12-15.

⁵⁰ FOLBERG Jay, TAYLOR Alison, Mediación, Resolución de conflictos sin litigio, Editorial Limusa, Primera Edición, México 1992, p.22.

A pesar de lo anterior, los grupos étnicos y religiosos han establecido sus propios sistemas para resolución de controversias, estudiando así la imposición de valores gubernamentales de la mayoría y conservando sus propios medios de dirimir un conflicto, prueba de esto es el Beth Din Judío, Consejo local de Rabinos, que ha existido durante muchas generaciones y numerosas circunstancias.

Es así como se han conservado a través de la historia medios alternos de solución de controversias, dentro de las que figura con gran importancia la mediación, por lo que ésta última ha sido una institución que representó la oportunidad de investir autoridad personal, cultural y religiosa, sin llegar a conceder el poder para decidir desavenencias personales al rey o a otra autoridad secular.

Un ejemplo que tenemos más próximo a nosotros es el Tribunal de Aguas de Valencia, el cual es un organismo jurisdiccional al cual le compete el buen gobierno y policía de las aguas de la Vega de Valencia actuando como si fuese un tribunal de justicia administrativo o de menor cuantía, el cual ha funcionado ya hace varios siglos.

Otros ejemplos históricos del uso de la mediación para resolver conflictos lo encontramos en los Estados Unidos, país que hoy día utiliza más este medio, el cual tiene sus raíces desde tiempos en donde los inmigrantes acudían más a sus centros de mediación que al sistema judicial.

Así es como en dicho país los inmigrantes chinos establecieron la Chinese Benevolent Association para resolver a través de la mediación desavenencias entre miembros de la comunidad y dentro de la familia.

En este mismo sentido, en el año de 1920 se estableció en la ciudad de Nueva York, dentro de la comunidad judía el Jewish Conciliation Board.

Otro antecedente en el país antes mencionado lo constituyen los primeros cuáqueros, los cuales ejercían tanto la mediación como el arbitraje para resolver sus desavenencias maritales y comerciales, sin necesidad de recurrir al litigio.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Ahora bien, la mediación ya vista como un proceso más formal y sancionado por el Estado, se desarrolla en los Estados Unidos con el modelo más conocido de mediación que proviene de los procedimientos de resolución de desavenencias en las relaciones obrero patronales enmarcados en la Ley de arbitraje de 1888 (Arbitration Act), y perfeccionados un año después con la Ley Erdman, en donde se estableció a la mediación como el método para resolver disputas en materia Ferrocamilera y en las tierras nuevas, en esta ley se establecía un mecanismo de solución el cual sería implementado por el Comité de mediación y conciliación.

Otros ejemplos similares se dieron en el año de 1926 con la publicación de la Ley de trabajadores ferrocarrileros, por lo que se creó el Comité de Mediación Nacional, posteriormente en 1947 la Ley Taft Hartley, estableció el Servicio Federal de Conciliación y Mediación.

A fines de la década de los años sesentas surgió, entre la sociedad estadounidense, un fuerte interés por formas alternativas de conciliación de desavenencias, siendo este periodo caracterizado por las presiones y el descontento en numerosos frentes, como la guerra de Vietnam, la concientización y surgimiento de legislación a favor de los derechos del consumidor, el cuestionamiento de los papeles del hombre y la mujer, la creación estatutaria de muchas nuevas causas de acción que aunado a la multiplicación de los expedientes en los tribunales relativos a casos de relaciones domésticas, quejas del orden civil y criminal, que causó en el círculo judicial retrasos importantes en la impartición de justicia, por lo que se inició la búsqueda de situaciones que solucionaran lo anterior.

En respuesta, una serie de organizaciones intentaron proporcionar servicios de mediación, por lo que se creó en 1964 la Civil Rights Act que fundó el Servicio de Relaciones Comunitarias del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, que estaba encaminado a auxiliar en la conciliación de desavenencias raciales y de la comunidad.

En esta misma época surge la American Arbitration Association (AAA), la cual estableció criterios y ofreció capacitación para aplicar la conciliación, la mediación y el arbitraje en desavenencias relacionadas con el consumidor, la comunidad y asuntos domésticos. La AAA crea la Sociedad de Mediadores en la Solución de Controversias (SPIDR) con el objeto de promover el uso de la mediación para resolver todo tipo de conflictos. En 1976 se crea el Comité de mediación y arbitraje de la American Bar Association.

En este mismo año, se introduce en las Cortes americanas el sistema de *multi-door courthouse* o corte de puertas múltiples, adoptándolo, entre otros, los sistemas judiciales de Houston, Tulsa, Oklahoma y Washington D.C.

En el rubro de la conciliación familiar se creó en los Estados Unidos en el año de 1963 la Asociación de Cortes de Conciliación Familiar, la que promovió la conciliación familiar relacionada con tribunales, y comenzó a fomentar el uso de la mediación como alternativa para el litigio familiar, siendo así el movimiento iniciador para que hoy en día la mediación familiar sea la más practicada en los Estados Unidos de América.

En el año de 1980, se dio en los Estados Unidos de América un interés para crear otras alternativas para sustituir a los tribunales en la resolución de conflictos personales y de la comunidad, por lo que se creó la Ley de Solución Alternativa de Disputas, la que estableció la necesidad de crear a nivel nacional programas alternativos para la resolución de desavenencias bajo la supervisión y administración del Departamento de Justicia de aquel país.

En este mismo sentido, se creó en el año de 1990 uno de los estatutos más amplios en la legislación federal de los Estados Unidos de América, el Civil Justice Reform Act en el que se estipula que cada Corte de Distrito Federal haya ideado un plan denominado "*civil justice expense and delay*", formando parte de dicho plan la inclusión de la mediación como medio de solución.

En ese mismo año se publicó la Administrative Dispute Resolution Act en donde se autorizó a las agencias federales a utilizar la mediación, conciliación y arbitraje para la pronta solución de sus disputas. Asimismo se promulgó el 29 de noviembre del mismo año la Negotiated Rule Making Act, que autorizaba a las agencias federales a establecer comités públicos y privados para negociar el decreto reglamentario que promulga cada agencia.

A partir de entonces y hasta la actualidad, se han reforzado los esfuerzos de crear sistemas de solución alternativas de controversias, tanto en las cortes americanas como por propuesta de la iniciativa privada, ejemplo de lo anterior tenemos el llamado Dispute Resolution Directory, creado en 1993, así como el centro de justicia vecinal de los condados del Estado de Nueva York.

Un esfuerzo más reciente lo constituye la Court Arbitration Authorization Act of 1993 en la cual se regulan procedimientos arbitrales y se fomentan proyectos experimentales del sistema judicial americano.

2.3 Definición de la mediación

El vocablo mediar, según el Diccionario de la Real Academia de la lengua española significa "llegar a la mitad de una cosa, interceder o rogar por uno, interponerse entre dos o más desavenidos que riñen o contienden procurando reconciliarlos y unirlos en amistad"⁵¹.

En nuestro sistema jurídico, por mediación entendemos como un acto de intermediación mercantil, mas no sé esta familiarizado con el uso de este término como un medio de solución de controversias.

Ahora bien, la practica de la mediación, entendida como un MASC, comprende un campo tan extenso que no permite una definición estricta, ya que los detalles específicos de la mediación dependen de que es lo que se está sometiendo a ella, las partes en desavenencias, quien esta llevando a cabo la mediación y el medio en el cual se ofrece.

No obstante lo anterior, la mediación por principio debe ser entendida como un proceso, es decir una serie de actos concatenados que trascienden en el conflicto que se pretende resolver.

Por lo anterior, al hablar de mediación nos referimos a aquel proceso en donde un tercero llamado mediador, quien preferentemente debe ser un experto en la materia del conflicto, asiste a los participantes, mediante la aplicación de una variedad de métodos y técnicas, para que se comuniquen entre ellos y conjuntamente lleguen a un acuerdo, siendo las propias partes las que escogen las normas o principios que serán determinantes para el resultado de la solución.

Folberg y Taylor definen al proceso de mediación como aquel proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades, "la mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas, constituyendo un proceso que confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes"⁵².

⁵¹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Espasa Calpe, Vigésima primera Edición. Madrid España 1992 p. 1345

⁵² FOLBERG Ray, Taylor Alison, op cit., p.27

Por su parte, el autor Jorge Alberto Silva establece que “la mediación es un medio de solución de controversias en que las partes, guiadas por un tercero extraño, la solucionan.”⁵³

En este orden de ideas Jorge Henon Riso establece que “la mediación es un proceso por el cual una tercera parte neutral asiste a dos o más partes en conflicto para lograr resolver sus diferencias mediante un acuerdo voluntario y negociado. El mediador utiliza una variedad de métodos y técnicas para ayudar a las partes a alcanzar un acuerdo, pero no tiene poder de decisión”.⁵⁴

A mayor abundamiento, Jaime Greif establece que la mediación “es una alternativa a la violencia, la auto ayuda o el litigio que difiere de los procesos de conciliación, negociación y arbitraje”⁵⁵.

Por lo anterior, podemos definir a la mediación como el proceso, en el cual una tercera parte neutral asiste a dos o más partes en conflicto, poniéndolas en contacto y estableciendo una comunicación entre ellas, que las acerca y les permite, mediante un acuerdo voluntario y negociado, lograr resolver sus diferencias

En este sentido, al hablar de mediación, es necesario establecer que ésta nada tiene que ver con soluciones impuestas por una tercera persona, ajena a las partes, sino que es una decisión emanada de ellas, a la cual han ambado apoyadas por un tercero llamado mediador.

Por otro lado, a esta actividad que algunos autores le dan ya el calificativo de profesión⁵⁶, que ha sido practicada por abogados, contadores, terapeutas, es necesario darle una connotación de disciplina autónoma, independiente de la profesión de origen, sea Derecho, sea trabajo social, etc., logrando así el perfeccionamiento en la capacitación y otorgándole su propio campo de actividad.

⁵³ Jorge Alberto Silva, op cit., p. 9.

⁵⁴ HENON Riso Jorge, “Teoría de la Mediación”, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Volumen XXIV, N°55, Buenos Aires, Dic.1994, p.231

⁵⁵ GREIF Jaime, “Conciliación, Mediación, arbitraje como formas de alternativas de solucionar conflictos de familia”. Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano del Derecho Procesal, N°14, Montevideo, 1995, p 45

⁵⁶ SHIFFRIN Adriana, “Aspectos Generales de la Mediación”, Mediación: una transformación en la cultura, Editorial Paidós, Primera Edición, Argentina 1996, p. 37

En virtud de lo anterior, la mediación debe ser vista, además de un proceso, como una técnica mediante la cual las partes mismas que están inmersas en un conflicto tratarán de llegar a un acuerdo con la ayuda del mediador, tercero imparcial, el cual no tiene facultades de decisión, ya que no representa ni asesora a ninguna de las partes, papel que seguirá cumpliendo el abogado de cada una de ellas.

En este sentido se pronuncian Taylor y Folberg⁵⁷ al establecer que la mediación no constituye un nuevo método de terapia ni es la panacea para resolver todos los problemas, mas bien debe considerarse como un conjunto de habilidades y un proceso al cual los profesionales tienen acceso para recurrir a su uso selectivo cuando los problemas demanden, un convenio coherente entre las partes en conflicto.

En este sentido la Dra. Zulema Wilde afirma "la mediación es una técnica de manejo y/o resolución de conflictos, en la que interviene una tercera persona neutral, caracterizándose por ser una técnica no adversarial, cooperativa y destinada a facilitar la comunicación entre los involucrados en la disputa, intentando resolver el conflicto de manera tal que ninguna parte pierda"⁵⁸.

2.4 Los objetivos de la Mediación

La mediación tiene como objetivo y propósito principal el resolver desavenencias y destruir el conflicto, mediante la creación de un foro para la toma de decisiones, en el cual las partes puedan llegar a la solución de su conflicto, siendo aplicable incluso en aquellos casos en los cuales no puedan resolverse todos los puntos de una desavenencia.

Es así como la mediación tiene un objetivo específico: el resolver el conflicto interpersonal existente y colaborar en la toma de decisiones que lleven a su solución, extrayendo su eficacia del acuerdo de las partes.

En este sentido la mediación proyecta sus efectos hacia adelante, sin mirar hacia atrás, toda vez que su meta no es el encontrar la verdad o imponer la ley, sino resolver el problema.

⁵⁷ FOLBERG Jay, Taylor Alison, op cit., p.29

⁵⁸ WILDE ZULEMA, "La mediación en la Solución de conflictos", Revista internacional del Notariado, Año XLIII N°85, Buenos Aires, 1994, p.149

El anterior punto de vista es distinto al seguido en un procedimiento judicial ordinario, en donde el juez busca hacia atrás para determinar quién está en lo correcto y quién en lo incorrecto, mediante el examen de los hechos, así como la revisión del punto en donde la ley se ha incumplido o existe un incumplimiento de una obligación.

En las palabras de Folberg la mediación se trata de una actividad de corto plazo de carácter interactivo que emplea un enfoque cognoscitivo y conductual. Se relaciona más con el presente y el futuro que con el pasado y ayuda a reducir los obstáculos de la comunicación de los participantes, a realizar al máximo la exploración de alternativas y a proporcionar un modelo para la futura resolución del conflicto. Estando dirigida a los resultados y no a las causas internas del conflicto.

Como lo establece el autor Marco Gerardo Monroy “el propósito principal de la mediación es el manejo y solución del conflicto. Con la mediación se pretende resolver las desavenencias entre las partes reduciendo el conflicto a un nivel manejable y proporcionando fórmulas para solucionar la controversia”⁵⁹

En este orden de ideas, la mediación busca que la causa esencial del conflicto sea entendida por los participantes, tratando de reducirla a un nivel manejable. Por ello algunos consideran que la meta principal de la mediación es el manejo del conflicto y no la resolución de controversias.⁶⁰

En la opinión de Peter Lovenheim⁶¹ la primera y principal meta de la mediación es, que todas las partes en conflicto trabajen en una solución con la que ellos puedan vivir y confiar.

A su vez, para Folberg y Taylor el objetivo primordial de la mediación “no es didáctico. Se trata de un proceso de experiencias que requiere la participación activa aunque es posible obtener un acervo de conocimientos como resultado de la experiencia de la mediación, siendo su objetivo principal la solución del problema y el desarrollo de un plan de acción para el futuro”.⁶²

⁵⁹ MONROY Cabra Marco Gerardo, op cit, p 65.

⁶⁰ HAYNES, J.M. *Divorce Mediation*, Ed. Springer, 1981.

⁶¹ LOVENHEIM Peter, *How to mediate your dispute*, Nollo Press Inc., Berkeley, CA. 1996, p. 1.4

⁶² FOLBERG Jay, TAYLOR Alison, op cit., p.28

En la mediación no existe diversidad antagónica de pareceres enfrentados como ocurre con el modelo judicial que ve a los litigantes como rivales, se trata de establecer un criterio de equidad social distributiva donde lo más importante es mantener situaciones duraderas entre individuos y grupos.

2.5 Características de la mediación

La mediación es una técnica cooperativa que facilita la comunicación entre los involucrados en la disputa intentando resolver el conflicto de manera tal que ninguna parte pierda.

Su implementación permite descongestionar los tribunales y satisfacer los intereses de las partes de un modo más rápido y económico.

Puede utilizarse tanto en la solución de conflictos judiciales como extrajudiciales independientemente de que haya sido iniciada una acción judicial.

La mediación puede instruir a los participantes acerca de las necesidades mutuas y ofrecer un modelo personalizado para conciliar desavenencias futuras entre ellos, por lo tanto puede ayudarlos a aprender la forma de trabajar juntos, asilar los problemas que requieren decisiones y darse cuenta de que, con cooperación todos pueden obtener beneficios.

En las palabras de Leon Fuller, "la principal ventaja o cualidad de la mediación es la capacidad de reorientar a las partes hacia ellas mismas no imponiendo reglas, sino ayudándoles a concretar una nueva percepción de su relación".⁶³

En este orden de ideas, la mediación se caracteriza por ser un proceso voluntario, confidencial, formalmente flexible, limitado en el tiempo, que se desarrolla con la participación activa de las partes mediante la comunicación y acercamiento entre ellas para tratar de resolver un conflicto.

⁶³ FULLER León, "Mediation its Forms and Functions", Southern California Law Review, N°44 1971, p 305

2.5.1 Voluntariedad

En cuanto a la voluntariedad como característica de la mediación diremos lo siguiente:

En principio son las partes en conflicto quienes deciden si quieren o no involucrarse en un proceso de mediación. Puede que alguna de ellas tenga experiencia en dicho proceso por que ya lo utilizó, o que le sea sugerido por su abogado. En este caso buscará interesar a la otra parte en intentar una mediación.

Posiblemente hasta en tanto se generalice su uso en nuestro país existirá renuencia a proponer mediar los conflictos, por el temor de que se interprete como una debilidad en la posición negociadora. A medida que se la conozca y utilice será habitual incluir la mediación entre las propuestas que se realicen para solucionar un conflicto.

Es habitual que la parte que ya conoce el funcionamiento solicite al mediador que se ponga en contacto con la otra parte y la instruya sobre las potencialidades de la mediación como forma de resolver el conflicto. Lo que se pretende lograr es una primera reunión conjunta en donde las partes puedan hablar de forma directa.

Al ser este un procedimiento totalmente voluntario, cualquiera de sus participantes puede poner fin a la mediación cuando lo deseen y también puede hacerlo el mediador cuando lo considere necesario en el caso en que no es posible avanzar o que ese conflicto en particular requiere de alguna otra forma de resolución.

Ahora bien, el principio de voluntariedad se parece romper con la imposición de mediaciones anexas a los juzgados, pero aquí lo que se ordena es la concurrencia a una primer reunión de mediación que tiene como objeto lograr el avenimiento, en donde el mediador sólo expondrá los principios que rigen a la mediación. No hay obligatoriedad de concurrir a otras reuniones posteriores, ni por supuesto de llegar a un acuerdo. Se debe establecer en estos casos que la no concurrencia a posteriores reuniones no implica sanción alguna para el renuente por que de otro modo se desvirtuaría totalmente la voluntariedad del procedimiento de mediación.

Ahora bien, la mediación al ser totalmente voluntaria, diluye las hostilidades y promueve la cooperación a través de un proceso estructurado en donde se les otorga a las partes la oportunidad de asumir el control de su propia situación.

Lo anterior es un punto importante, ya que las partes al tener el control en el proceso y en el resultado de éste gozan de cierta autonomía, por lo que es muy probable que lleguen a un acuerdo mas ajustado a la realidad y generalmente con un mayor grado de cumplimiento, por que son las propias partes las que llegan a un acuerdo, situación que no se presentaría si hubiera sido impuesto por un tercero en un procedimiento ordinario o bien en por un arbitro.

En este punto Jacqueline M. Nolan establece que estudios empíricos realizados en los Estados Unidos de América, cuyo objeto de estudio fue la mediación anexada a las cortes, muestra que las partes tienen un mayor grado de compromiso en cuanto a cumplir lo acordado en una mediación que en lo dictado por un juez en una sentencia.⁶⁴

Mas aún la mediación ayuda a las partes a reajustar sus perspectivas sobre el conflicto así como amplia su noción del marco general y no solo de los aspectos legales de un conflicto. Las partes efectivamente comienzan a verse no como oponentes, sino en una forma distinta.

Como se estableció anteriormente, las partes son las que llevan el proceso, por lo que deberá realizarse en un ambiente de confianza, buena fe y el convencimiento de que el intercambio de propuestas es lo que llevará a un verdadero acuerdo.

Por el lado contrario, si una de las partes se involucra en un procedimiento de mediación para obtener más información sobre la posición del contrario es improbable que se cree la atmósfera de confianza indispensable para que la mediación avance.

2.5.2 Flexibilidad

La técnica de este procedimiento hace a un lado toda la serie de formalismos que caracterizan al procedimiento judicial (siempre que se respeten los principios fundamentales vinculados a la voluntariedad y la confidencialidad) por lo que las reglas de procedimiento pueden ser moldeadas por las partes con total libertad, logrando así el diseño de un proceso a la medida de sus necesidades y del tipo de conflicto.

⁶⁴ NOLAN-HALEY Jacqueline, op cit., p.58

En este sentido, tenemos que la mediación en su interior refleja una estructura que disuade a los formalismos, priorizando la intercomunicación entre los participantes, por lo que se puede observar una distensión de las conductas negativas y de conflicto, logrando así un enfoque dirigido realmente a la terminación de una controversia, lo que no ocurre en un litigio judicial, en donde las partes son totalmente adversas entre sí, y en donde la sentencia siempre favorece a una de ellas.

Por lo anterior, cada mediador podrá establecer sus propias reglas, adaptarlas a su estilo, pero siempre buscando comportamientos cooperativos por parte de los participantes.

Es necesario establecer que la anterior situación también se puede presentar en la mediación anexa a un juzgado, ya que ésta no regula en sí el procedimiento, sino que sólo obliga a concurrir a una primera audiencia, en donde sí se acepta este procedimiento las partes lo podrán moldear a su gusto.

Conviene recordar que el proceso de mediación debe necesariamente basarse en la buena fe y se sostiene sólo con la voluntad de las partes de intervenir y trabajar para lograr un acuerdo viable. Costará un tiempo quizás el alejarse de principios rígidos que implican siempre estar en guardia para anticipar las acciones de la otra parte que puedan ser perjudiciales. Por eso recalamos que aceptar la mediación implica un cambio de mentalidad.

El poder del mediador sobre las partes es nulo, no tiene *imperium* alguno para imponer soluciones. Las partes están en un proceso de mediación por que así lo han decidido. Quizá de ahí derive la mayor fortaleza del mediador: no puede imponerles nada y todo lo que se decida será producto de la decisión de las partes.

Comparada con otros medios de naturaleza contenciosa o adversarial la flexibilidad de la mediación produce la ventaja de que se presta para la exploración de soluciones creativas a los conflictos, aislando los puntos objetivos de la desavenencia y enfocándose a las circunstancias que contribuyeron al conflicto.

Así es como la mediación al no estar regulada por un formalismo rígido, se observa como una técnica sumamente versátil, ya que se adapta a un sinnúmero de situaciones y puede ser utilizada en conflictos familiares, patrimoniales, interempresariales, de incumplimiento contractuales, ambientales etc.

En este orden de ideas, la mediación tiene un gran potencial de acceder a soluciones extremadamente creativas, un ejemplo de esto es en la materia de propiedad intelectual, en donde un conflicto generado por el uso de una patente puede derivar en un *joint-venture* entre las partes para elaborar y comercializar el producto patentado o bien, compartir tecnología de tal manera que se beneficien ambas empresas.

Lo anterior se presenta toda vez que la mediación, que no sea institucional o bien como un programa anexo a las cortes, no esta sujeta a las reglas procesales, ni a los principios que dominan la controversia judicial. La autoridad final en la mediación corresponde a los propios participantes y estos pueden diseñar una solución única que les de resultado sin estar sujetos estrictamente a los procedimientos o indebidamente preocupados respecto de los precedentes que puedan establecer para otros. Es posible que con la ayuda de su mediador, estudien una mezcla extensa de sus necesidades, intereses y cualquier otro aspecto que consideren pertinentes independiente del apego estricto al derecho procesal. A diferencia del proceso judicial, el énfasis no se hace en cuanto a quien tiene la razón o no, o quien gana y quien pierde, sino establecer una solución práctica que satisfaga las necesidades únicas del participante.

Ahora bien, en la mediación institucional o anexada a cortes, también se presentan estas características, aunque si bien es cierto están delimitadas las formas del procedimiento de mediación, las partes al integrar a la mediación al sistema legal les proporciona no solo un plan de acción para el futuro, sino también un mayor sentido de satisfacción acerca del proceso al que se sometieron en relación con otros métodos de conciliación de desavenencia, ya que el acuerdo al que lleguen automáticamente deberá ser considerado como un convenio judicial, por lo que en caso de incumplimiento trae aparejada ejecución forzosa.

Es así como la propia naturaleza de la mediación es la que permite esta maleabilidad como un instrumento de solución de controversias, y no cabe la menor duda que las características del país, la estructura de su comunidad, son elementos que influirán en la formación de un proceso de mediación *ad hoc* para cada sociedad.

Por otro lado, la flexibilidad de este procedimiento produce que en comparación con el proceso judicial la mediación sea reducida en términos de costos y tiempo.

En este orden de ideas, el proceso de mediación es visto como un proceso más expedito, bajo en costos y procesalmente más simple que el proceso adversarial. "permite que las partes definan que es para ellos lo satisfactorio y que es lo que será los puntos a discutir y enfocarse en las circunstancias que dieron lugar al conflicto".⁶⁵

2.5.3 Confidencialidad

Ésta constituye una de las principales características y a su vez ventajas del proceso de mediación ya que las partes podrán detectar sus intereses y expresarlos, así como sus puntos de vista, en un marco de confianza, lo que radica en la firmeza de que lo tratado en un proceso de mediación es confidencial.

La buena fe, la confianza y el convencimiento de que el intercambio directo de propuestas es lo que lleva a un acuerdo duradero, son los pilares en los que se sostiene la mediación.

Así, un requisito ineludible del proceso es que las partes y el mediador puedan comunicarse con total libertad, para que éste sea efectivo, el mediador debe poder solicitar información y hacer preguntas que no serían contestadas si existiera el peligro de su utilización posterior fuera del contexto de la mediación.

En este sentido, la información que intercambian las partes debe de alguna manera estar protegida, ya que en el desarrollo del proceso se discuten y presentan temas y elementos totalmente desconocidos por alguno de los participantes.

Para proteger esa información y garantizar que no se filtrará a terceros ajenos a la mediación, las partes, sus asesores, y el mediador firmaran un acuerdo de confidencialidad antes de iniciar el proceso, que puede estar incluido dentro del acuerdo definitivo de mediación o bien en el propio contrato de servicios de mediación.

Esta cláusula o acuerdo protege tanto al mediador como a las partes y explicita que ni las partes ni el mediador revelarán secretos a terceros de lo sucedido en las reuniones de mediación. Asimismo, el mediador también se compromete a no revelar a una parte lo que le haya sido confiado por la otra en una reunión confidencial, a menos que expresamente se lo haya relevado de dicho compromiso.

⁶⁵ NOLAN-HALEY Jacqueline, op cit., p. 57

Por su parte el convenio de confidencialidad que firman las partes, ayudantes y el mediador, establece que la obligación de que nada de lo dicho en el proceso de la mediación puede ser revelado por el mediador, no pudiendo las partes obligarlo a testificar sobre cuestiones tratadas en la mediación, pudiendo establecer una pena convencional para el caso en que no cumpla dicha obligación. Asimismo, no puede representar a alguna de las partes terminada la mediación

En estos términos la certeza de que lo dicho en el proceso de mediación no saldrá de la sala de mediación, sirve para que las partes puedan comunicarse con total libertad, haciendo efectiva la figura de la mediación.

La excepción a la regla de confidencialidad para el mediador son aquellos delitos que esta obligado por ley a denunciar que se presenten a su conocimiento durante la mediación, así como toda cuestión que a su juicio impida un procedimiento cooperativo y transparente. Estas limitaciones se incluyen en la cláusula de confidencialidad previa al inicio de las reuniones.

Con respecto al mediador que al ser citado a juicio como testigo para declarar sobre hechos conocidos durante la mediación puede ampararse en el secreto profesional.

En virtud de lo anterior, cuando las técnicas alternativas se integren a nuestra cultura jurídica, posiblemente sea necesario explicar en una norma general el principio de confidencialidad, tanto para la mediación como para otros medios alternativos de solución de controversias.

En Derecho comparado se muestra que es una de las características mas discutidas de la mediación, ya que si bien es cierto en el acuerdo preliminar que firman las partes y el mediador se establece claramente la cláusula de confidencialidad, queda la duda de cómo se garantiza que, terminada la mediación sin haberse logrado un acuerdo, una parte no utilizará la información obtenida en algún otro proceso.

El requisito de la confidencialidad es crucial para el éxito de la mediación, por que es la única forma de lograr que se expongan con sinceridad los múltiples aspectos del conflicto. Si las partes supieran que pueden llamar a testificar al mediador, no serían sinceras en el proceso. Por otro lado la función del mediador no es develar la verdad, sino desentrañar lo que las partes quieren, por lo tanto la única documentación con que el mediador trabaja y que destruye al final de la mediación son sus notas en las que se apoya para recordar elementos fundamentales del caso.

2.6 Ventajas de la mediación

Podemos establecer que presenta ventajas por que: i) es flexible gracias a su relativa informalidad, de modo tal que permite adecuarse a las circunstancias y a las personas, ii) mantiene relaciones en lugar de destruirlas, iii) permite encontrar soluciones basadas en el sentido común y, si no se logra un acuerdo al menos hace lo posible por poner de manifiesto la situación creada y la posición de la otra parte, iv) produce acuerdos creativos y permite cambiar las reglas del juego, ya que el mediador conjuntamente con las partes trabaja para generar todas las opciones posibles para solucionar el conflicto mediante arreglos, v) las partes pueden optar por dejar en cualquier momento el proceso, sin que su derecho de acudir a la jurisdicción estatal se vea mermada, vi) Las partes pueden mantener control de sus intereses y de los procedimientos durante todo el tiempo que dure la mediación, vii) es amistoso para las partes y utiliza un lenguaje sencillo viii) comparado con el proceso judicial es reducido en costos

Peter Lovenheim⁶⁶ establece que las ventajas de la mediación son:

Rapidez- La mediación se programa en un lapso de unas cuantas semanas, a lo mucho un par de meses como tiempo límite y la mayoría de las sesiones de mediación duran entre unas horas y un día, dependiendo de la complejidad del caso. En contraste, los procedimientos ordinarios generalmente toman varios meses o años para resolverse.

Privacidad- Las sesiones de mediación son privadas, por lo que la mayoría de las cosas no se dan a conocer al público en general, al contrario de lo expuesto en un juzgado que puede estar al conocimiento del público, pero todo lo dicho en la mediación es confidencial con muy pocas excepciones.

Bajo costo- En muchas partes de los Estados Unidos existen centros comunitarios de mediación que proveen servicios para manejar disputas de vecinos, y controversias de cuantías pequeñas. Asimismo, existen en los EUA compañías o despachos de abogados que ofrecen servicios de mediación en donde las tarifas son menores a las que se tendrían que pagar si se va a juicio.

⁶⁶ LOVENHEIM Peter, op cit , p 1.7

Igualdad- En la mediación uno puede hacer su propia solución a la disputa de acuerdo a sus necesidades particulares, sin que se afecten precedentes legales, y en un opuesto totalmente negativo, si no se piensa que el acuerdo es justo no se firma, sin perder el derecho de acudir a la jurisdicción ordinaria.

Flexibilidad- En la mediación las partes pueden solicitar que se traten asuntos que se relacionen con el conflicto, que no sería posible tratar en un juicio, ya que serían aspectos subjetivos que no integran parte de la litis.

Éxito- En los Estados Unidos existen estadísticas que revelan que entre los mediadores independientes y los servicios de mediación de cuatro de cada cinco casos las partes pueden llegar a un acuerdo satisfactorio para ambos, a comparación de las cortes donde siempre existe una parte que es la perdedora y la otra la ganadora.

Menos estrés- para muchas personas el ir a un juicio es una etapa que les produce miedo, ya que se encuentran con procedimientos que para la mayoría de la gente no entiende, y el escenario de perder o ganar así como la frustración de depender de un sistema en donde todo es formalismo y autoritarismo, aumenta su desconfianza. En cambio en la mediación por contraste es informal, en un lenguaje no técnico, y las soluciones acordadas por ambas partes.

En los Estados Unidos de América los programas de mediación ya están dando resultados, por ejemplo el programa implementado por la AAA se trataron un total de 2,170 casos, los cuales se alcanzó un 85% de solución.⁶⁷

Ahora bien, si es cierto que la mediación puede ofrecer todas las ventajas antes señaladas también es cierto que no es la solución para todas las controversias, y como cualquier procedimiento encuentra sus limitaciones y defectos, que a continuación trataremos.

2.7 Desventajas

La mediación al ser un Medio Alternativo de Solución de Controversias, también puede presentar las desventajas que se analizaron anteriormente.

⁶⁷ ENDSLEY Harry B., "La mediación" Seminario de Negociación, mediación y Arbitraje Comercial Internacional, Acapulco Guerrero, México 1997.

Particularmente, la mediación al ser un proceso independiente del sistema judicial, esta fuera de la protección que le otorga la constitución y el sistema adversarial, puesto que no conoce de su controversia una Autoridad, ante la cual en un extremo se podría imponer un amparo ante cualquier acto de esta. Esta situación no se presenta en la mediación aneja a un juzgado, puesto que el mediador está actuando como un auxiliar de la impartición de justicia.

También se podría llegar a criticar a la mediación por que desde un punto de vista limita el derecho de acceder a la justicia si ésta es implementada como el único medio de solución de controversia.

Por otro lado, otra crítica se presenta en que la mediación al ser no coercitiva, el mediador no tiene la autoridad de imponer una decisión, tomando así el riesgo de invertir tiempo, dinero y energía en un proceso sólo para llegar al final en donde su problema no ha sido resuelto, afortunadamente esto no este punto negativo no es total, puesto que siempre existe la posibilidad de dejar la mediación en cualquier momento siempre que se observe una diferencia insalvable e iniciar un procedimiento ordinario, además de que esto no se presenta en la mediación aneja a un juzgado.

Otro punto criticable podría ser la falta de exigibilidad del acuerdo de mediación si ésta se da en un convenio privado, ésta crítica no es aplicable en la mediación oficial o aneja a un juzgado, toda vez que se le da la calidad de convenio judicial, el cual al ser un acto de autoridad debe ser ejecutado forzosamente en caso de incumplimiento.

Asimismo, en una mediación particular, al elevar el acuerdo de mediación a una transacción extraprocésal y plasmarse en un documento público, este podrá considerarse como cosa juzgada y se puede pedir su ejecución ante un juzgado, con lo que si podría llegar a obtener la protección de la autoridad jurisdiccional, aplicando todos los principios constitucionales y procedimentales. En este último caso, cabe mencionar que el acuerdo que se llega a elevar a una transacción puede ser declarado nulo como cualquier contrato.

Por otro lado, si las partes llegan a un acuerdo de mediación sin que tengan conocimiento de lo que les corresponde desde el punto de vista legal, aquí si existe el riesgo de que el acuerdo sea injusto, presentándose tanto en una mediación privada como en una oficial, ya que en el primer caso si se pide su ejecución el juez no podrá revisar el fondo del acuerdo, solo las partes podrán pedir su nulidad, y en el caso de la mediación oficial el juez tampoco podrá revisar si el contenido del convenio judicial es justo.

En este orden de ideas, se podría presentar un acuerdo cuyo resultado podría ser imparcial para la otra parte en aquellas instancias en donde una de las partes tiene un poder de negociación mayor que la otra, mayores recursos económicos, mayor conocimiento del derecho o un mejor manejo de factores emocionales o económicos, "si alguna de la contraparte tiene mayor poder que un, ya sea financiero intelectual emocional o de cualquier otra naturales, uno estará en una desventaja significativa en la mediación, a menos que el mediador este deseoso de ayudar a articular a un sus puntos de vista y evaluar con detalle el acuerdo que se llegue a afirmar, para ver si es o no justo para ambas partes".⁶⁸

En virtud de lo anterior, resulta de gran la importancia la figura del mediador, quien tendrá que percibir estas deficiencias de una de las partes al momento de llevar el proceso y de sugerir soluciones, así como estará obligado a revisar que se de igualdad de oportunidades y circunstancias para las partes.

Por otro lado, es importante remarcar que en la mediación no se trata de llegar a determinar quien tiene la verdad o quien incurrió en una falta; la mediación no se enfoca en la cuestión de quien esta bien o quien esta incorrecto, pasando a ser más importante la cuestión de cómo se resolverá el problema y como se implementará en un futuro. Es por esto que las partes que necesiten una vindicación de sus derechos para llegar a la determinación de culpabilidad probablemente puedan estar insatisfechos con la mediación.

Asimismo, la mediación depende su éxito de la voluntad de las partes de llegar a un acuerdo en buena fe, siendo un requerimiento difícil de encontrar en cualquier proceso resolutorio de controversias, inclusive en el proceso ordinario, toda vez que algunas partes podrán usar el proceso de mediación como una forma para encontrar mayores elementos que sirvan para sus argumentos, o bien para alargar el proceso de litigio, ya que en los casos en que no se llegue a un acuerdo y exista la necesidad de litigar la información que se reveló en la mediación podría ayudar a la contraparte para obtener una estrategia mas agresiva o una defensiva mas eficaz. El mediador deberá estar al tanto de dichos abusos para suspender o terminar el proceso.

En este sentido las partes deberán estar efectivamente conscientes de la importancia de revelar las ventajas o desventajas de sus argumentos, para persuadir así a la otra parte a comprometerse para llegar a un acuerdo. Lográndose lo anterior por estar envueltos en un ambiente de comunicación y confidencialidad.

⁶⁸ LOVENHEIM Peter, op cit., p.19

2.6 Principios de la mediación

Existen una serie de principios comunes utilizados por los mediadores, de donde se permite desarrollar una teoría compartida de principios prácticos de la mediación.

El perfeccionamiento de estos principios, hará posible que la mediación se desarrolle como una profesión independiente y distinta, sirviendo la profesionalización de la mediación para mejorar la aplicación de este medio resolutor de controversias. Estos principios son:

1. Las personas tratan de eludir lo que perciben como negativo o destructivo, y se dirigen hacia lo que perciben como ventajoso o positivo.
2. Las personas toman decisiones más complejas, y por lo tanto mejores cuando están conscientes de los sentimientos ocasionados por los conflictos, y se enfrentan a dichos sentimientos de una manera efectiva.
3. Por lo general, los participantes en una desavenencia personal pueden tomar mejores decisiones acerca de sus propias vidas que cualquier autoridad externa.
4. Los participantes de un convenio se sienten más inclinados a sujetarse a sus términos si sienten cierta responsabilidad por el resultado y desarrollan un compromiso hacia el proceso utilizado para alcanzar el convenio.
5. En la mediación la historia pasada de los participantes es importante sólo en relación con el presente o como base para predecir las necesidades, intenciones, habilidades y reacciones futuras a las decisiones.
6. Mientras mayor sea la precisión con que un convenio de mediación refleje las necesidades, intenciones y habilidades de los participantes, mayor será la probabilidad de que éste dure.
7. Dado que es probable que cambien las necesidades, las intenciones y las habilidades de los participantes, el proceso debe incluir una forma de modificar el convenio en el futuro. Por lo tanto, el cambio que se considera como parte constructiva y viable del convenio y debe estar considerado como parte en el proceso de mediación.

8. El proceso de mediación es substancialmente el mismo para todos los participantes y todas las situaciones, pero las técnicas, el programa y las tareas a realizarse deben variar para ajustarse a las circunstancias, a los participantes, y al carácter único del mediador.

Dichos principios serán aplicados para poder llegar a un acuerdo para el futuro que los participantes puedan aceptar y cumplir, por el cual ambas partes salgan ventajosas, por lo que la mediación se enfocará a lograr:

1. La preparación de los participantes para que acepten las consecuencias de sus propias decisiones
2. La reducción de la ansiedad y otros efectos negativos del conflicto mediante la ayuda a los participantes para que lleguen a una resolución conceptual.
3. El mejorar la comunicación entre las partes
4. Un mejor entendimiento del punto de vista de la otra parte
5. El eliminar el conflicto y la repulsión entre las partes mediante el encuentro cara a cara con la persona y teniendo la oportunidad de expresar sus opiniones y el ser escuchado
6. Incrementar la atención sobre los puntos fuertes y débiles de la propia posición basados en los comentarios realizados en privado por el mediador
7. El reconocimiento de aspectos ocultos que pueden influenciar en el conflicto.
8. El exponer ideas creativas para llegar a la solución ideal que sugiere el mediador.

2.9 Conflictos que pueden ser objeto de la mediación

La mediación puede ser el mecanismo resolutor de una gran cantidad de conflictos, sin embargo no es la panacea, ella sola no puede eliminar todas las deficiencias del sistema adversarial y en ciertos casos no es apropiada su utilización.

Por lo anterior antes de iniciar una mediación el mediador debe preguntarse dos aspectos, el primero, si es un asunto propio para sujetarse a la mediación y, dos si las partes están listas para este proceso.

El mediador tendrá que evaluar el tipo de disputa, si encuentra algún tipo de resistencia entre las partes; adicionalmente deberá considerar si la situación necesita sentar un precedente, lo que haría inapropiada la mediación.

Se recomienda ampliamente la mediación en los siguientes casos:

- Cuando las partes puedan beneficiarse por la continuación de su relación después de que el conflicto es resuelto, como puede ser en las relaciones comerciales.
- Cuando una de las partes desea mantener o aumentar su reputación como un buen socio comercial.
- Cuando el costo del procedimiento ordinario o el arbitraje es muy alto.
- Cuando el conflicto se centra en hechos complejos los cuales pueden ser apreciados por personas del medio, familiares con los procedimientos y la naturaleza técnica de los procesos, más allá de lo que podría comprender un abogado o un juez, es decir, en la mediación se puede escoger un mediador que tenga una especialización en cierta área, determinante para el buen desarrollo del acuerdo.
- Cuando ninguna de las partes requiere sentar un precedente o que se sancione de alguna manera un aspecto legal.

Basado en lo anterior, podemos afirmar que la mediación es recomendable en aquellas controversias en donde la relación futura de las partes es elemental y en donde no existe entre ellas un desequilibrio de poder, por lo que es recomendable en relaciones de negocios de tracto sucesivo y a largo plazo.

Más aún, en la mediación las partes no tienen nada que perder, pues si ésta resulta en un intento frustrado, mantienen todos sus derechos y oportunidades para seguir con otro medio de resolución de controversias.

Otros factores que pueden establecerse a favor a realizar un proceso de mediación son los siguientes:

1. Cuando la ley no puede proveer el remedio o solución que uno quiere. A pesar de que existe un sinnúmero de normas que regulan la conducta humana, se puede llegar a generar un conflicto que no pueda llegar en juicio, como podrían ser aspectos de control en las políticas de un negocio, aspectos vecinales, familiares entre socios. Asimismo, aunque exista la posibilidad de acudir a una corte, no se lleva a ésta por la intención de las partes de resolver un problema entre ellas sin la necesidad de acudir a un juzgado, manteniendo privacidad en el negocio o relación.

2. Cuando uno quiere terminar un problema y no una relación. Si la disputa se tiene con una persona que ya sea por elección o circunstancia se tiene que continuar una relación en buenos términos, la mediación, a diferencia del proceso ordinario, podrá resolver la disputa sin destruir la relación. Lo anterior es muy claro, ya que el entablar una demanda se observa como un acto hostil, dando lugar al sentimiento de combate y agresividad que es muy propio del concepto general que se tiene de "ir a un juicio". Lo anterior está motivado por la necesidad de probar la culpabilidad, falta o incumplimiento de la contraparte.

En las palabras de Jack Ethridge "el litigio paraliza a las personas. Las convierte en enemigos, comúnmente las partes en disputa pierden el control de la situación, encontrándose virtualmente sin poder de participación. Las partes depositan su confianza en los abogados, los cuales resolverán el conflicto de una manera adversarial, en vez de tratar de recuperar lo que antes era una buena relación"⁶⁹

3. Cuando uno quiere minimizar los costos. La mediación puede ahorar dinero en comparación con un litigio toda vez que en algunos casos se puede mediar sin la intervención de un abogado.
4. Cuando uno quiere solucionar los conflictos de una manera rápida. Un juicio normalmente puede tardar de dos a cinco años. Los casos que involucran a grandes compañías que pueden tomar años en resolverse por medio de juicio, con frecuencia pueden ser procesados y resueltos en unos cuantos meses por medio de mediación.
5. Cuando se quiere evitar el establecimiento de un precedente legal. Uno podrá evitar un precedente legal desfavorable, particularmente cuando las oportunidades de victoria en un juzgado sean pocas y las consecuencias de una decisión desfavorable sean sustanciales.
6. Cuando se tiene dificultad para iniciar una negociación o no se tiene habilidad en las mismas. Si uno pretende solucionar un problema mediante negociación y se tienen carencias en conocimientos de negociación o se puede llegar a estar intimidado por la otra parte, la mediación ofrece una estructura de negociación en ambiente que proteja a la parte más débil. Así mismo la mediación puede ofrecer el camino para la negociación de dos partes que tienen problemas para tratar directamente entre ellas, con el aliciente que no se tienen que contratar terceros que representen a las partes.

⁶⁹ LEVIN, "Mending Fences: Mediation in the Community". Dispute Resolution Devices in a Democratic Society. The Rose Pound-American Trial Lawyers Foundation, Washington, DC, 1985. p 25

7. Cuando se quiere evitar publicidad, si uno necesita proteger secretos industriales o simplemente evitar exponer al público sus problemas internos, la mediación será la respuesta idónea. La mediación es un asunto estrictamente privado tomando los mediadores el conflicto como algo confidencial y en algunos casos en los Estados Unidos se previene al mediador de testificar en una corte o en un tribunal arbitral de lo que se mencionó en la mediación.

Así mismo cuando una de las probables partes de un proceso de mediación tiene como política el no negociar puede cambiar su estructura de solución de controversias cuando se le notifique la inquietud de solucionar un conflicto en particular por vía de la mediación, haciendo notorio el hecho de que si rechaza el ofrecimiento de mediar, se van a juicio.

Ahora bien, la mediación no es recomendable para todos los casos, específicamente en las siguientes situaciones:

1. Cuando una de las partes no tiene interés en llegar a un acuerdo o bien ninguna de las partes está en condiciones de considerar la posibilidad de una avenencia.
2. Cuando la lentitud del proceso judicial favoreciera en mucho a una de las partes.
3. Cuando el actor desea obtener sumas colosales o desproporcionadas.
4. Cuando surjan cuestiones de orden público o bien se trate de una materia considerada como de única competencia para los tribunales estatales.
5. Cuando se desea establecer un precedente judicial.
6. Si existe entre las partes una clara diferencia de facultades o de posibilidades económicas.
7. Cuando la posición de una de las partes es en extremo débil y será vencida sin ninguna dificultad en un juicio regular o bien en arbitraje sin tener la necesidad de continuar con una relación.
8. Si una de las partes se niega a mediar.

Cabe destacar que el acuerdo de mediación al darle en casi todos los casos la naturaleza de una transacción deberá versar sobre objetos susceptibles de transar, ya que de lo contrario no se podría llegar a una mediación exitosa. Otro aspecto que será necesario en este acuerdo es que las partes cuenten con facultades para poder disponer de lo que van a afectar en la transacción, porque si no, tampoco se podrá dar una mediación fructífera.

De todo lo anterior se resalta la obligación que tiene el propio mediador de determinar oportunamente mediante el análisis del caso si se está en un asunto en el cual sería mejor optar por otra alternativa de solución, o si la mediación es el método a seguir.

2.10 Mediación comparada con otras figuras

A continuación compararemos la figura de la mediación con la conciliación, el arbitraje, la negociación y el procedimiento ordinario⁷⁰.

2.10.1 Conciliación

Es común confundir a la mediación con la conciliación, ya que ambos medios de solución de controversias coinciden en que son técnicas empleadas para solucionar un conflicto en donde un tercero extraño logra reunir a las partes en conflicto siendo éstas las que solucionan su conflicto.

Algunos autores⁷¹ establecen que en la mediación un tercero se limita a establecer la comunicación entre las partes, en la conciliación, el tercero asume un papel más activo consistente en proponer a las partes alternativas concretas para que resuelvan de común acuerdo sus diferencias, en la conciliación se requiere la mediación, pero además la proposición de fórmulas por parte de un tercero extraño para que las partes solucionen su conflicto.

Por otro lado otros autores como Osvaldo Alfredo Gozaini⁷² establece que estas dos figuras se distinguen de acuerdo con las modalidades como se presente la conciliación, extrajudicial o judicial.

⁷⁰ Resulta ilustrativo el planteamiento genérico que ofrece Alcalá Zamora y Castillo en su obra de autocomposición y defensa citada anteriormente, en donde establece las relaciones entre jurisdicción, conciliación, mediación y autocomposición y arbitraje, "cabe establecerlas así: Las tres primeras y el arbitraje coinciden en dos extremos, el primero el de perseguir la solución de litigios inminentes o presentes (en este aspecto concuerda asimismo la autocomposición), segundo funcionan a tal fin a base de dos partes y un tercero imparcial, pero discrepan en que mientras el juzgador se encuentra supra-partes y, por tanto, impone una solución, el conciliador que formalmente se halla interpartes, aunque materialmente este infra partes, lo mismo que el mediador, se limita a proponer una o más soluciones.

⁷¹ OVALLE Favela J., op cit., p. 23

⁷² GOZAINI Alfredo Osvaldo, "La mediación": Una nueva metodología para la resolución de controversias", ARS IURIS, N° 14, México, 1995, p. 98

En cuanto a la conciliación extrajudicial, ésta tiene bastante proximidad con la mediación ya que ambas están despojadas del marco litigioso que enfrentan pretensiones interesadas.

En cambio en la conciliación procesal las distancias son notables, ya que ésta persigue pacificar sobre la cuestión litigiosa, su marco es el tema decidendum propuesto en la demanda y su contestación, hay un hábito de contienda, además suele instalarse obligatoriamente 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.

Al contrario de lo anterior, la mediación parte del principio de voluntariedad y sigue todo su curso promoviendo la manifestación de las posturas de las partes, en un ambiente de flexibilidad y confianza.

Por su parte, el Dr. Leonel Pérez Nieto Castro, establece que la mediación y la conciliación son figuras idénticas en el fondo, que sólo se diferencian en su contexto lingüístico, toda vez que esta institución se conoce como mediación en los países de origen sajón y la conciliación se conoce en los países de codificación latina.⁷³

La postura de Jorge Alberto Silva, quien establece que la diferencia entre la conciliación y la mediación, radica en que “la primera se encarga de ayudar a las partes a solucionar un conflicto” además de que el conciliador propone la forma de solucionarla. En la mediación la solución no es propuesta por el tercero, sino que es descubierta por las partes mismas, en donde el “mediador actúa como un guía en un voluntario proceso de colaboración, en el que los litigantes participan conjuntamente en la resolución de su problema.”⁷⁴

De todos modos es suficiente ver que las actitudes son diferentes mientras la conciliación anima posiciones desde la perspectiva del objeto, la mediación facilita la comunicación entre las partes, 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 interés de los sujetos en conflicto.

Asimismo, en la conciliación el conciliador está limitado a concentrarse en los hechos y puntos legales de la disputa, sin poder extenderse, en la mediación el mediador puede ir más allá.

⁷³PEREZ Nieto Leonel, “Mediación, Conciliación y Arbitraje”, Soluciones Alternas de Controversias” conferencia, Primer Programa de Continuidad y Actualización para Graduados de la Facultad de Derecho, Universidad Panamericana 1998.

Ahora bien, en nuestro país, los términos conciliación y mediación desde un punto de vista material son idénticos puesto que son dos medios de solución de controversias, sin embargo desde el punto de vista formal, el término mediación en nuestro país es concebido como una intermediación mercantil y no como un medio resolutor de conflicto, mientras que el término conciliación si está arraigado en nuestro sistema jurídico como medio de solución de controversias.

Así tenemos que la conciliación se aplica en México como un medio de solución de controversias pero no se le utiliza en forma privada y sólo se le aplica con la intervención de la autoridad gubernamental, siendo ajena al novedoso sistema de medios alternativos de solución de conflictos.

En cambio en la mediación, si bien esta no es utilizada en México como medio de solución de controversias, es claro que empieza a ser conocida como tal y por lo tanto es necesario que en México se identifique a este como medio privado de solución de controversias, que es la denominación con la que se le conoce mundialmente.

En este orden de ideas, si podemos diferenciar a la conciliación y la mediación en cuanto toca al órgano encargado de llevar al cabo una y otra, así como la naturaleza de las actividades que desempeñan dichos órganos, en la conciliación no resulta necesario la intervención de un tercero para que las partes puedan llegar a una avenencia, ya que de forma independiente las partes opuestas pueden llegar a un arreglo, conciliando sus intereses en una transacción, mientras que en el caso de la mediación aparece esencial la presencia de un tercero que intervenga ante las partes interponiéndose entre ellas.

Por último diremos que el Autor Alcalá Zamora, señala que la jurisdicción, la conciliación y la mediación persiguen la solución de litigios inminentes o presentes y funcionan a tal fin a base de dos partes y un tercero imparcial, pero discrepan en que mientras el juzgador se encuentra supra partes y por tanto impone una solución, el conciliador que formalmente se halla inter partes, aunque materialmente este infra partes, lo mismo que el mediador, se limita a proponer una o más soluciones. Así este autor aclara que en la figura del mediador se refunde la del conciliador.

⁷⁴ SILVA Jorge Alberto, op cit., p 11

2.10.2 Arbitraje

En cuanto al arbitraje y la mediación se diferencian por las metodologías implementadas en ambas, “mientras la primera respeta el sentido de la disputa para resolver en equidistancia y justicia, la otra no sigue el sistema adversarial, es más, lo repudia”⁷⁵

En palabras de Jorge Henon Risso: “la mediación es muy diferente a los procesos adversariales del juicio y del arbitraje y por lo menos en teoría disminuye la hostilidad que puede resultar del litigio. El propósito de la mediación no es juzgar la culpabilidad o inocencia ni decir quien tiene la razón o quien no la tiene, por el contrario su objetivo es dar la oportunidad a las partes de ventilar y dar a conocer su sentimiento, aclarar malentendidos, determinar intereses o preocupaciones ocultas, encontrar las áreas en las que se puede llegar a un acuerdo y por último incorporar estas áreas como soluciones alcanzadas por las propias partes”.

El arbitraje suele ser solemne y ritualista en su armado, y tiene mucha proximidad con el proceso común, al punto que entre el laudo y sentencia existen grandes parecidos. 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.

La mediación tiene un sentido más cooperativo, no existen fórmulas para su implementación, ni sacramentalismos que esterilicen su procedencia. El mediador, como antes se mencionó, no busca respuestas que resuelvan el objeto del conflicto, sino el acercamiento de las partes hacia disposiciones libre y voluntariamente concertadas que disminuyan sus diferencias previas. La idea es eliminar en el enfrentamiento el pensamiento de que el otro es un adversario a derrotar, se trata de considerarlo como alguien con quien ha de encontrarse coincidencias pues con él debemos continuar en relación y convivencia social.

2.10.3 Procedimiento Convencional

En donde se hallan mayores diferencias es con el proceso judicial. En efecto la litis mantiene aquella iniciativa de lucha, donde quien obtiene sentencia favorable más que razón tiene victoria, como si el litigio fuese un campo de batalla.

⁷⁵ GOZAINI Osvaldo Alfredo, *op cit.*, p. 98

Los jueces a través de las facultades y deberes que se potencian en los códigos adjetivos, persisten con sus actitudes pasivas, con decisiones a la hora de dictar sentencia y recién allí conocen la médula del conflicto, a veces ni siquiera saben quiénes son las partes por que quizá jamás lleguen a verlas.

El juez es un tercero imparcial independiente y llega a tal extremo el principio que suele confundirse con la absoluta distancia respecto al problema de sentenciar. Su pronunciamiento tiene por tanto la insípida decisión del neutral desinteresado, que mal que nos pese, aporta más de ficción actuada que de realismo jurídico.

A mayor abundamiento de lo anterior, el autor Luis Miguel Díaz establece que “ el hecho de que las partes sometan su conflicto a una tercer persona es ir de mal en peor pues el que decide agrega sus propias percepciones, representaciones, decisiones y dificultades en comunicarlas...La imparcialidad de la autoridad es enteramente un mito, pues presupone a humanos inexistentes que no tienen emociones ni modelos propios del mundo”.⁷⁶

En cambio, en la mediación, el mediador no resuelve, solamente sugiere caminos, alternativas. Tampoco asesora ni dictamina, es únicamente un tercero que intercede entre los contradictores para ayudarlos a encontrar un acuerdo mutuamente satisfactorio.

Asimismo, el mediador tiene habilidades particulares que no se relacionan necesariamente con el conocimiento jurídico. Su sabiduría es técnica, el sabe como aproximarse al conflicto, su destreza y aptitudes le facilitan con gran entrenamiento alcanzar el encuentro entre puntos críticos de confrontación entre las partes.

Es así, que en la mediación son las partes las que intervienen en el proceso negociando según sus propios intereses y no delegando el control en un tercero. El proceso judicial, en cambio, es un debate entre abogados que exige conocimientos jurídicos, donde los interesados quedan excluidos y en el cual, finalmente un tercero toma la decisión que es obligatoria para ellas. No se busca la cooperación ni la comprensión del problema por parte de otro, ya que las partes son contendientes, y el objetivo es convencer al tercero que decide que uno solo de ellos tiene la razón.

Estas singularidades adicionan una consecuencia inmediata, mientras el proceso ordinario sostiene sus decisiones en la aplicación del derecho positivo, la mediación reconoce la fuerza de voluntades comunes: es un trato de buena fe que las partes admiten como mejor camino para una síntesis final.

⁷⁶ DIAZ Luis Miguel, “Privatización de Conflictos”, *Revista de Derecho Privado*, p.84

En este orden de ideas, la mediación tiene una riqueza de posibilidades creativas de la que carecen la intervención judicial y arbitral, pues el mediador puede llevar al seno del conflicto más y mejor información, no sólo genérica sobre la naturaleza de la relación conflictual y las consecuencias de cada una de las conductas de las partes. Puede llevar a éstas más información sobre un verdadero contenido de sus objetivos, dándoles mayores conocimientos y más específicos sobre el conflicto concreto y puede, por ende, en sus diálogos independientes o conjuntos con ellas, conducir las hacia un cambio de percepción, condición indispensable para un cambio del contenido de las pretensiones, es decir, para un cambio de objetivos que permita una resolución de naturaleza ganador-ganador.

2.10.4 Negociación

Como ya se vio en el Capítulo Primero la negociación es un medio de solución de controversias en donde generalmente no se presenta un orden, o se da como un proceso.

Ahora bien, la Mediación es una negociación asistida gestada por un tercero neutral, por lo que podemos decir que la mediación es una negociación expandida y que generalmente esta estructurada en etapas.

2.9 El mediador

La figura del mediador es esencial para el éxito de este medio alternativo de solución de controversias, puesto que es él quien marca la pauta, controla el proceso, interpreta las preocupaciones, distribuye la información entre las partes, da marco a los puntos debatidos, enfoca los problemas y genera las condiciones óptimas para que las partes lleguen a un acuerdo.

Un mediador a diferencia de un juez o un árbitro, no tienen el poder legal como para pronunciar una sentencia o un fallo; un mediador tampoco es un abogado que actúa a favor de una de las partes, por el contrario es un tercero neutral que ayuda a las partes a exponer sus problemas, sin estar limitado por los formalismos procesales.

En este sentido, el mediador ayuda a las partes a concentrarse más en el verdadero motivo de su conflicto y en los futuros remedios para solucionarlo y no en atribuir la responsabilidad por sucesos pasados.

En pocas palabras el mediador desempeña la función de conducir a la solución de un conflicto en condiciones aceptables para ambas partes, siendo responsable de crear un ambiente favorable a la negociación y desarrollar la voluntad de las partes de llegar a un acuerdo en el conflicto.

Ahora bien, la mediación al ser una herramienta que se basa en la aplicación de conocimientos aportados por la Sociología, el Derecho, la Psicología, la teoría de sistemas y técnicas de negociación, obliga a que el mediador posea una capacitación muy especial, que no cualquier profesionista cuenta con ella.

En este orden de ideas, el mediador debe gozar de los conocimientos necesarios para poder conocer el porque se suscitó el conflicto y las circunstancias que relacionan a las partes, para poder así convencer a una o ambas partes de que abandonen algo, que negocien conjuntamente; debiendo estar capacitado para saber comprender y aplicar las diversas etapas de la mediación, y por supuesto, deberá saber como manejar sus habilidades de escucha, creación de soluciones, evaluación de intereses y necesidades, manejo de ira, planificación de estrategias, equilibrio del poder, romper el estancamiento y redactar acuerdos.

En las palabras Marco Gerardo Monroy Cabra "el mediador debe hacer entender la importancia de crear un ambiente propicio para iniciar una negociación además, debe tener habilidades para oír, preguntar, observar, intervenir, aconsejar y negociar".⁷⁷

Ahora bien, la diferencia entre un mediador, un asesor legal, un árbitro o un juez estriba en que los asesores aconsejan, los árbitros y jueces deciden, el asesor legal puede aconsejar a cualquiera que lo solicite, los árbitros y jueces están investidos de poder para resolver conflictos tomando e imponiendo decisiones; en cambio el mediador no puede imponer un acuerdo, ni tiene la responsabilidad de aconsejar a las partes, sin embargo, el enfoque de un mediador es distinto al de un juez o un árbitro, toda vez que el mediador debe ganar la confianza de las partes sin hacer recomendaciones personales sobre su punto de vista de un conflicto, como lo haría un asesor, sino que trata de reconciliar puntos de vista opuestos buscando los puntos en común de las dos partes.

⁷⁷ MONROY Cabra Marco Gerardo, op cit., p. 72

En virtud de lo anterior, un mediador debe poder dirigir los procedimientos, desarrollar una atmósfera que conduzca a negociaciones que solucionen problemas, reunir toda información disponible sobre los intereses de las partes, ayudar a las partes a crear opciones, y que estas precisen las opciones y se aproximen de este modo a un acuerdo, así como debe fomentar en las partes la iniciativa de toma de decisiones racionales para el acuerdo y buscar satisfacer el reclamo por el que se llegó a la mediación.

Si bien es cierto que la mediación es una figura distinta a la negociación, el mediador deberá dominar ciertas técnicas básicas de ésta última, toda vez que “el papel de un mediador es el de ayudar en las negociaciones entre dos o más partes”,⁷⁸

El mediador siempre deberá buscar el desarrollo de una negociación que resuelva problemas, es decir el llegar a un acuerdo en el cual las partes salgan beneficiadas, lo que se conoce como una negociación ganar-ganar, o más técnicamente expuesto una búsqueda de soluciones “integradoras”.

Es cierto que no todos los conflictos pueden ser resueltos por un proceso de mediación, pero la mayoría de ellos si pueden ser solucionados mediante la aplicación por parte del mediador de ciertas técnicas las cuales se analizan sucintamente a continuación.

a) El mediador deberá separar los intereses de las posiciones, debiendo distinguir entre las necesidades reales de las pretensiones de los participantes y las posiciones o deseos de las mismas.

Para llevar a cabo lo anterior, es de gran ayuda preguntar por que las partes quieren algo y lo que ellas creen son sus necesidades más importantes, toda vez que cada parte que quiere negociar tiene intereses diversos, dentro de los cuales existen algunos que tienen jerarquía superior. Ahora bien, si cada parte comprende sus propias prioridades y las de su contraparte, es posible obtener concesiones que no son importantes para una parte pero que son críticas para la otra.

⁷⁸ HENON Risso Jorge, op cit., p. 233

b) El mediador debe desarrollar opciones, es decir, elaborar una serie de posibilidades de solución que reúnan las necesidades de las partes, siendo este el elemento más creativo de la negociación. Esta técnica permite en los casos en los que existe una diversidad de puntos o temas de conflicto, relacionarlos y conectarlos, permitiendo así concesiones.

c) Otra técnica necesaria para llegar a un arreglo es el estar de acuerdo en los estándares. En virtud de lo anterior el mediador estará encargado de hacer que las partes observen los principios comunes y dirijan la resolución de su disputa. Lo anterior es totalmente aplicable en el momento de determinar por ejemplo los criterios de precios en automóviles, porcentajes de participación en el mercado, criterios de valuación, estatutos, decisiones judiciales, normas fijadas, valuaciones, peritajes etc.

d) El mediador deberá aplicar la técnica de reconocer las limitaciones en el proceso de negociación, ya que existen limitaciones en ésta que pueden llegar a influir en sus resultados, como ejemplo de esto son las fechas límites o costos relacionados al tiempo, que pueden ser mayores para una parte que para la otra, o bien en el caso de un acuerdo que debe ser ratificado o aprobado por las partes el que depende de otras negociaciones o condiciones incontrolables para las partes, lo que afectará los resultados.

e) Siempre se debe tratar con alternativas para lograr un acuerdo, aquí el mediador debe hacer ver a las partes que lo mejor que se tiene para ofrecer durante una negociación es la expectativa de cada parte de lo que pasará si no se logra un acuerdo, por lo que cada parte deberá hacer parecer sus alternativas más atractivas que las ofrecidas por la otra parte.

En virtud de lo anterior, el ofrecimiento de cada una de las partes deberá ser la mejor alternativa, ya que al ofrecer algo atractivo será menor lo que la parte deberá ceder con el fin de asegurar un acuerdo.

Como se desprende de lo antes expuesto, la actividad del mediador es variada, pasando de ser un enlace en la comunicación a ser un creador de soluciones donde deberá facilitar la discusión entre las partes, manejando el conflicto y guiando el proceso para que éste se flexibilice, revisando y discutiendo las posiciones de las partes y las áreas de posible acuerdo, permitiendo que las partes tengan una amplia oportunidad de intervenir en el proceso. Asimismo, el mediador deberá buscar canales de comunicación, cuando se rompa esta entre las partes, o bien cuando no exista interlocución alguna.

Por otro lado, el mediador en su función de traductor y transmisor de la información, unifica las percepciones de las partes sobre los hechos, y el significado de los mismos, así como es un canal de información de una parte para la otra. En este punto es importante destacar que el mediador debe ganar la confianza de las partes, para que ellas puedan compartir información confidencial acerca de intereses y alternativas.

El mediador también es el elemento diferenciador entre deseos y necesidades, ya que conoce las posiciones de negociación de una persona, así como los deseos reales de concesiones de la otra parte, ayudando a distinguir entre sus verdaderas necesidades, que se deben plasmar en el acuerdo, y sus deseos originales, modificando en relación a esto último sus posiciones de negociación, ayudando a identificar los puntos de controversia.

En este mismo sentido, el mediador no es siempre pasivo, sino que se involucra cada vez más y en un momento determinado debe proponer opciones a las partes, siendo este el momento creativo de la mediación, debiendo sugerir siempre las ideas a las partes, como una manera de ayudarlos a resolver el conflicto, más nunca el mediador decide cual es la solución y la impone, toda vez que su actuación no puede ser la de un juez ni un árbitro, ya que perdería su imparcialidad, perjudicando todo el procedimiento.

Por último, el mediador deberá ser un agente de la realidad, siendo este uno de los papeles más críticos de su función. Toda vez que es el responsable de construir la estructura de la realidad sobre la cual las partes puedan valorar los costos y los beneficios de continuar o resolver el conflicto.

Ahora bien, el mediador en el momento de desempeñar su actividad deberá de tomar en cuenta la naturaleza del comportamiento humano, como es el hecho de que los participantes actuarán siempre basados en su interés propio, no tomarán una decisión si hay alguna forma de evitarlo, estarán siempre de acuerdo con los hechos, más no en el significado y consecuencias de los mismos.

Otro punto importante que es necesario señalar es que el mediador en su actividad deberá considerar como fundamento de su actuar el que los conflictos no se resuelven extendiéndose en lo negativo, sino que se resuelven discutiendo sobre áreas en las que se pueden llegar a un acuerdo y acentuando los aspectos positivos.

2.11.1. Selección y Capacitación de los mediadores

En los Estados Unidos de América se encuentran el mayor número de leyes y reglas modelo que norman la actuación, requisitos y responsabilidades de un mediador, a pesar de lo anterior el campo de mediación en ese país no está totalmente regulado por leyes estatales o federales, por lo que sufre de un vacío en cuanto a criterios de entrenamiento o práctica, y por lo anterior, ésta falta de estructura legal genera una disparidad en la calidad del servicio, las remuneraciones que perciben los mediadores, así como los procedimientos que se deben seguir.

Lo anterior crea la ventaja de ser una actividad que está abierta a la innovación y experimentación, pero necesariamente mientras más se desarrolle deberá ser regulada.

Algunos ejemplos los podemos encontrar en algunos Estados de la Unión Americana, en donde los juzgados han establecido los requisitos mínimos en cuanto a capacitación y experiencia para aquellos que quieran prestar sus servicios de mediación.

Lo anterior obedece a que en dicho país existen alrededor de 50,000 personas que hacen de la mediación su profesión, existiendo un pequeño pero creciente número de mediadores de carrera que se especializan en conflictos largos y complicados en cuestiones de construcción, salud, medio ambiente, negocios, desempeñándose en las empresas de solución de controversias, existen también mediadores privados que se han especializado en divorcios, conflictos familiares, la mayoría de estos trabajan independientemente o en pequeños grupos.

Otro grupo de mediadores corresponde a abogados que combinan su profesión de litigantes con la de la mediación, por otro lado existe también un gran número de voluntarios que se dedican a la mediación practicando en los programas y centros comunitarios o aprobados por los juzgados, lo anterior se complementa con trabajadores sociales los que trabajan en dichos programas.

Ahora bien, un programa de capacitación de mediación deberá tener cuando menos cinco temas, a saber: entendimiento del conflicto, el procedimiento y las suposiciones de mediación, las habilidades de mediación, un conocimiento significativo y, la ética y las normas de mediación.

En cuanto al entendimiento del conflicto, es importante que el mediador entienda la naturaleza del conflicto, su origen y dinámica, toda vez que él será el responsable de implementar las herramientas necesarias para resolver un conflicto sin la imposición de una autoridad externa, es por esto que el mediador debe conocer la forma en que se manifiestan las desavenencias particulares, cómo pueden manejarse y resolverse.

Otro punto importante para enseñar es el que se refiere al procedimiento y suposiciones de la mediación, el mediador debe familiarizarse con las etapas básicas del proceso, que ya se estudiaron con anterioridad, así como entender el enfoque de cada etapa y aprender que la mediación es un proceso dinámico.

El aprendizaje sobre la mediación deberá comprender dos elementos, el primero es el aspecto positivo de entender la función de la mediación y cuáles son las necesidades que deben cubrirse en cada etapa, el segundo es una separación de hábitos y suposiciones promovida por la profesión original del mediador, ya que por ejemplo un abogado iniciara su capacitación como mediador, entrenado en y con su firme concepción de que los contendientes en una disputa son adversarios y que las reglas de las desavenencias se resuelven mediante la aplicación adecuada de reglas legales.

En cuanto a las habilidades de la mediación, en este punto el nivel y mezcla de habilidades de quienes se están convirtiendo en mediadores necesariamente varía, por lo que la fuerza en una habilidad puede compensar la debilidad en otras, toda vez que no existe mediador que domine de manera uniforme todas las posibles herramientas de la mediación, por ejemplo un profesional en salud mental que entra a la mediación puede contar con técnicas desarrolladas para abordar aspectos de ira, así como habilidades para escuchar, mientras que un abogado puede tener una capacidad importante para asilar los problemas, poner a prueba la realidad, evaluar las necesidades y orientar las negociaciones.

El componente de aumento de capacidades de la capacitación de mediación debe permitir la flexibilidad, de manera que cada persona pueda concentrarse en el desarrollo de habilidades que no se habían reforzados en sus antecedentes y su trayectoria educativa.

Los aspirantes a mediadores tienden a especializarse en desavenencias que comprenden individuos, organizaciones o ambientes, relacionados con sus áreas de interés, experiencia o conocimientos, en este sentido y aunque las habilidades de mediación perfeccionadas pueden ser efectivas independientemente de los temas o los ambientes.

Otro punto que se les debe instruir a los mediadores en su capacitación es la que se refiere a la ética de la misma, y la normatividad aplicable a ella, pero se remarca aquí su importancia ya que todo programa de capacitación que implique preparar a individuos para un servicio profesional, debe imbuir en ellas un entendimiento de las restricciones éticas y las normas mediante las cuales deben orientar su práctica. Lo anterior es una necesidad imperiosa, toda vez que “el incluir la ética y las normas en un plan de capacitación es un hecho que cumple con una obligación ante el público, y un compromiso hacia la incipiente profesionalización de la mediación”⁷⁹.

Aquellos que se inician en la instrucción de la mediación, al provenir de otras profesiones, traen consigo sus propias tradiciones para lograr la justicia y la dignidad, sirviendo dichas tradiciones como un patrón que va a conformar sus nociones del comportamiento justo en la mediación, sin embargo dicho patrón no se aplica de manera perfecta a la misma, toda vez que esta práctica requiere una nueva conformación, perfeccionamiento, e incluso un nuevo planteamiento.

En este sentido y al ser la mediación un servicio híbrido, no se le puede aplicar de manera exacta dentro del esquema convencional sobre las normas de ejercicio profesional, toda vez que dichos normas sólo pueden servir como un punto informativo para establecer ciertos criterios para la práctica de la mediación, que van a contribuir a garantizar relaciones éticas y justas con los participantes.

En virtud de lo anterior, es necesario establecer una serie de normas en un código ético, propio y congruente con la naturaleza de la mediación.

Este Código ético deberá regular la actuación de los mediadores tanto oficiales como los privados, por lo que deberá ser elaborado por un órgano de carácter estatal, como podrá ser un órgano dependiente del Poder Judicial, en donde se deberá establecer quien cumple con los requisitos para mediar, quien certifica el cumplimiento de estos requisitos y quien determina que clase de casos.

⁷⁹ FOLBERG Jay, TAYLOR Alison, op cit. p 237

Como ejemplos de los requisitos establecidos para ser un mediador en el estado de California aprobaron en el año de 1979 la Ley Judicial de la Conciliación Familiar, requiriendo que la mediación se llevara a cabo por personas con una licenciatura en psicología o trabajo social, o bien con licenciatura en otras ciencias conductuales sustancialmente relacionadas con las relaciones interpersonales familiares y matrimoniales.

En este mismo contexto la legislación del estado de Alaska estableció en 1983 que el juez presidente mantenga una lista de personas que certifiquen que satisfacen los siguientes requisitos: una licenciatura en derecho o psicología, asistencia social, asesoramiento matrimonial, familiar e infantil.

En el estado de Michigan se estipula que el mediador debe satisfacer la titulación de psicólogo, o cinco años de experiencia en asesoramiento familiar, o una licenciatura en ciencia conductual, mas una formación en mediación o afiliación en la asociación de abogados además de una formación de mediación

Ahora bien, en nuestra legislación, el mediador sólo estará sujeto a las disposiciones de un ejercicio profesional, por lo que sería conveniente que se reglamente este aspecto.

Sobre el particular, el Estado deberá ser el que interponga por medio de la judicatura como el organismo que acredite a estos mediadores, como se hace en Argentina, en el estado de New Hampshire y en la Florida. En Florida no puede señalarse ninguna persona para actuar como mediador o árbitro a menos que haya sido acreditada por el juez presidente de distrito.

En New Hampshire se estableció en 1989 que una junta de acreditación de mediadores maritales con una serie de miembro entre los que figuraban un juez del tribunal superior, un graduado psicólogo n abogado dos miembros publico y tres mediadores maritales. Se implementa un cursos de 48 horas de formación y se completa con un internado de mediación familiar. La acreditación se debe renovar cada tres años.

Otro ejemplo lo tenemos en la ley de Resolución de controversias de Oklahoma en donde se remite a los organismos locales la acreditación del mediador, que a su vez debe acreditar una Junta Consultiva de Resolución de Disputas del Estado nombrado por el Tribunal supremo de ese estado. La junta de 15 miembros debe componerse de representantes de los gobiernos estatales y locales, de las organizaciones comerciales, de la comunidad académica, de la esfera de la aplicación de la ley de la profesión legal, de la judicatura, de los fiscales de distrito, de las organizaciones de consumidores, de los organismos de servicio social.

A mayor abundamiento, en los Estados Unidos de América se cuenta en California, Connecticut, Nevada y Oregon los requisitos estatutarios y administrativos para otorgar licencia a los mediadores que se desempeñaran en los tribunales, requiriendo una maestría en consultoría, trabajo social o algún campo relacionado o experiencia de trabajo sustancial en la mediación.

En Michigan se faculta a los abogados entrenados en la mediación como los únicos capacitados para actuar como mediadores.

Ahora bien, el control sobre el ejercicio de la actividad de la mediación se puede dar por lo siguiente: el obligar a que sea una profesión con un capítulo reconocido en la ley General de Profesiones, el Establecer la certificación por parte de una asociación profesional, y el control reglamentario por parte de los Estados tribunales u organizaciones privadas.

En cuanto al primero el incluir en la ley de Profesiones a la mediación se definiría la practica profesional y se describiría la naturaleza de las actividades permitidas, excluyendo expresamente de desarrollar la actividad de mediación a aquellos que no tengan título, así como la administración de un examen y la determinación de calificaciones para obtener el grado de mediador. Este supuesto se debe contemplar con miras hacia el futuro, ya que en un principio debido a la falta de conocimiento de la mediación entre la sociedad sería un poco practico establecer una licenciatura de mediador, mas sin embargo una vez consolidada la mediación en nuestra cultura se puede establecer como una rama más de la actividad profesional.

En cuanto a la certificación, esta la podrá otorgar la SEP en conjunción con el Cuerpo de Mediadores, teniendo el efecto de reglamentar la forma en la que los profesionales pueden anunciar o hacerse publicidad y ayuda a determinar la norma de atención que puede imponerse en una demanda legal que se basa en la responsabilidad civil por negligencia.

Además de lo anterior por lo que toca a controles reglamentarios se pueden establecer la obligación de registro de mediadores en los Tribunales o en algunas agencia de los Estados. Asimismo se debe empezar a desarrollar cursos educativos o programas de capacitación que posteriormente se puedan requerir como condición para emplear o referir a la mediación. Para estos efectos el Estado deberá formar un directorio o listado de los servicios de mediación.

La regulación o certificación de los mediadores desalentara a charlatanes e incompetente de todos los campos para ofrecer servicios de mediación a un público no conocedor que puede no tener información adecuada de los criterios a tomar.

Por otro lado, los procedimientos de certificación y licenciamiento, tienden a impedir a algunos profesionales la practica o negales los mismo beneficios que tienen quienes consiguieran el licenciamiento

Es probable que pasos menos restrictivos de establecer protocolos de mediación que requieren suscripciones a normas aceptables de práctica, acreditando los programas educativos y de capacitación y enlistando las calificaciones y la experiencia de los mediadores, pueden proporcionar una protección adecuada para el publico hasta que exista una mayor evidencia de la necesidad de licenciamiento y un mayor conocimiento acerca de lo que en forma más adecuada protegería al publico.

Además, parecería que existe cierto beneficio y poco daño en alentar las profesiones con licenciamiento, para certificar a los especialistas en materia de mediación. La certificación podría estructurase para no impedir a otros el ejercicio de la mediación, pero los especialistas certificados serian reconocidos como profesionistas que cumplen, no solo con los requisitos de licenciamiento dentro de una profesión tradicional, sino también por su pericia especial en la teoría y las habilidades de la mediación.

Después de todo lo anterior podemos decir que todo reglamento o norma que regule la actividad de la mediación deberá hacer mención de:

A) La responsabilidad del mediador con las Partes, aun el mediador deberá reconocer en todo momento que los convenios alcanzados en las negociaciones se realizan en forma voluntaria por las partes, siendo su responsabilidad el asistir a los contendientes para que alcancen un convenio. En ningún momento, el mediador debe ejercer coacción sobre alguna de las partes para que llegue a algún acuerdo. Los mediadores no deberán intentar tomar decisiones substantivas por las partes.

B) Los mediadores informarán a todas las partes respecto del costo de los servicios de mediación, antes de intervenir un mediador, con lo que las partes pueden estimar el costo total del servicio en relación con aquel de otros procedimientos de resolución de desavenencias.

C) El mediador estará obligado a instruir a las partes y logra que se integren al proceso de mediación.

D) Los mediadores deberán estar consientes de todos los procedimientos de resolución de controversias estando obligados a instruir a los participantes en lo que se refiere a sus opciones de procedimientos más adecuados.

E) El mediador no debe considerar que su papel se limita a mantener el ritmo o mediar el conflicto desde la mesa de negociaciones en su papel debe consistir en una papel activo.

F) Un mediador no deberá hacer declaración alguna que sea falsa, susceptible de interpretación errónea, o injusta, ni hacer exigencias en cuanto al proceso de mediación, los costos y los beneficios.

G) El mediador deberá de determinar y revelar todas las afiliaciones monetarias, psicológicas emocionales de asociación o autorización que tenga con cualquiera de las partes de una desavenencia, de tal manera que pueda ocasionar un conflicto de intereses. Si el mediador o cualquiera de las partes principales sienten que dichos antecedentes van a tener un potencial de prestigio sobre su desempeño el mediador debe descalificarse a sí mismo en cuanto a la realización del servicio de mediación.

H) El mediador estará obligado, durante el desempeño de sus servicios en mantener una postura imparcial hacia las partes involucradas, mediante libertad de juicio o favoritismo de ayuda a ambas partes.

I) La información que recibe un mediador en carácter confidencial, sesiones privadas, juntas individuales, o sesiones conjuntas con los contendientes es confidencial y no debe revelarse a las partes fuera de las negociaciones. La información que recibe en una junta individual no debe revelarse en las sesiones conjuntas sin la autorización previa de la parte o persona que proporcionó dicha información.

J) Debido a que la información que se revela en la mediación es confidencial y a que el éxito del proceso puede depender de este sigilo, los mediadores deben informar y obtener el consentimiento de los participantes en cuanto a que la información divulgada en el proceso de mediación no va a utilizarse por alguna de las partes en cualquiera trámite de adversario futuro.

K) El mediador estará obligado a eludir la revelación de información confidencial en un proceso, rehusándose a testificar en forma voluntaria en cualquier trámites de tribunal subsecuentes, y evitar dentro de todas sus posibilidades, su apercebimiento o la presentación de sus anotaciones. Es posible renunciar a esta estipulación mediante consentimiento de todas las partes implícitas.

L) El mediador siempre que este facultado por las partes podrá referir alguna de ellas recurso, ya sean datos o personas que puedan facilitar el proceso

M) Si el mediador o es un abogado entonces no debe ofrecer asesoría legal sino que referirá a las partes a algún abogado. Los mediadores en este caso deberán referir en forma separada con abogados independientes a las partes. El Abogado/mediador no debe representar a ninguna de las partes durante o después del proceso de mediación.

N) El mediador deberá revisar los convenios alcanzados e informar si es ilegal, inequitativo resultando de una información falsa o de una negociación de mala fe o bien que es imposible de ejecutar o que no tiene las características para mantenerse en forma duradera.

Para hacer lo anterior el mediador deberá informar a las partes de las dificultades que observa en el convenio y podrá hacer sugerencias o bien retirarse sin revelar a alguna de las partes la razón de su retiro o bien revelando por escrito las razones de dicha acción. También puede retirarse como mediador y revelar públicamente la razón general para adoptar dicha acción.

Ñ) En el caso de que las partes no puedan alcanzar un convenio es responsabilidad del mediador crearles conciencia del obstáculo y sugerir que la mediación se de por terminada, estando obligado a informar cuando se ha presentado una diferencia insalvable definitiva y referirlas a otros medios de resolución de desavenencias.

O) Un mediador no deberá emprender la mediación de un conflicto que ya este a cargo de otro mediador o mediadores sin primero consultar a la persona o personas que están llevando a cabo dicha mediación.

Q) Por otro lado el mediador deberá estar obligado a desempeñar algún servicio voluntario durante cada año de s practicar para ofrecer asistencia para aquellos que no pueden darse el lujo de pagar la mediación.

2.12 La cláusula de mediación y el contrato preparatorio de mediación

El proceso de mediación puede tener su origen en tres causas, la primera sería una cláusula compromisoria contenida en un contrato, la segunda un acuerdo entre dos partes tendiente a dirimir una controversia entre ellas, pudiendo ser éste parcial o definitivo, y el tercero, la remisión que realice un juez en un proceso tradicional.

En el primero de los casos, las partes que celebran un contrato podrán querer incluir en dicho instrumento legal una cláusula mediante la cual se obliguen a dirimir cualquier controversia que surja del mismo, mediante un proceso de mediación, antes de ir al arbitraje o acudir a la jurisdicción Estatal.

Ahora bien, la cláusula compromisoria de mediación se puede distinguir de la cláusula compromisoria arbitral atendiendo a la naturaleza propia de estos medios alternativos de controversias, toda vez que, la primera establece que las partes se sujetarán en el caso de una controversia a un proceso de mediación, en donde las partes son las que llegan a una decisión y acuerdan, mientras que en la cláusula compromisoria arbitral se obligan a someter su controversia a un procedimiento que culminará con la decisión de un tercero que será obligatoria para las partes.

Otra diferencia de fondo, es que la cláusula de arbitraje implica una renuncia a la jurisdicción ordinaria, es decir que solamente lo que este pactado en la cláusula arbitral se puede conocer en un juicio de arbitraje, lo que no es inconstitucional debido al reconocimiento que tiene el juicio arbitral en nuestra legislación, mientras que la cláusula de mediación puede o no constreñir todo o parte de las desavenencias de un contrato, pero no implica la renuncia a la jurisdicción ordinaria.

Asimismo, en la cláusula de mediación se pueden delimitar los objetos que serán discutidos en un proceso de mediación, sin que esto obligue al mediador a constrañirse a estos puntos, ya que en el propio proceso de mediación se podrán tocar puntos no especificados en la cláusula de mediación, situación que no acontece con la cláusula arbitral. Es decir, a diferencia de la cláusula arbitral, en la cláusula de mediación no hay renuncia a la jurisdicción ordinaria, en donde lo que no quede comprendido dentro de la cláusula compromisoria no se puede después iniciar dentro de un arbitraje, ya que de considerar lo contrario sería renunciar a la jurisdicción ordinaria, lo que daría su nulidad por cuestiones de orden público.

Otra diferencia que se aprecia es que una cláusula arbitral obliga a las partes a sujetarse al laudo, mientras que en un acuerdo de mediación, las partes no necesariamente deberán de sujetarse al acuerdo, mas aún pueden intentar iniciar el procedimiento y desistirse de continuar, situación que no se presenta en el arbitraje.

En este orden de ideas, y una vez establecida la distinción antes expuesta, es posible determinar que ambas cláusulas compromisorias producen un resultado similar, ya que ambas se forman de un acuerdo de voluntades celebrado entre los contratantes y que es parte, física pero no jurídica de un contrato, la cual tiene por objeto obligar a las partes a someterse al arbitraje, o bien a un proceso de mediación, respectivamente, para dirimir las posibles controversias que surjan entre ellas con motivo del contrato celebrado.

Por otro lado, respecto del contenido de la cláusula compromisoria, las partes pueden convenir, en forma específica los elementos del contrato que se someterán a mediación, lo que sería un acuerdo definitivo de mediación, o bien pueden limitarse únicamente a convenir que sus diferencias las someterán a un proceso de mediación, dejando para el acuerdo de mediación definitivo que da inicio a dicho proceso, la determinación en concreto de las condiciones en que se llevarán a cabo la mediación.

En este sentido, en la cláusula de mediación se podrá señalar la voluntad o intención de las partes de llevar a cabo un proceso de mediación, respecto de la interpretación, cumplimiento o violación de un contrato, pero no hay en términos generales una precisión sobre el mediador, reglas que le aplicarán, costos, lugar de mediación etc., lo cual se puede dejar para un acuerdo de mediación definitivo.

Lo que sí es necesario es que la cláusula compromisoria de mediación haga referencia en un principio a un vínculo jurídico determinado, con lo que se delimita el objeto de la disputa, sin que esto implique que no se podrán tomar elementos de otras relaciones u otros puntos distintos en el contrato, simplemente es una referencia, no como en el arbitraje que es el marco de actuación obligatorio.

En este sentido, debido a la propia naturaleza de la mediación, pueden surgir en el proceso conflictos que no han sido plasmados en la cláusula de mediación o en el contrato definitivo de mediación, lo que no implica que no se puedan tratar y conocer en el proceso, ya que de lo contrario se estaría formalizando demasiado.

Cabe señalar que existen autores⁸⁰ que al hacer referencia de la cláusula compromisoria la distinguen de una cláusula preparatoria, en donde ésta última solamente se establecerá la obligación de celebrar un contrato futuro y, propiamente dicho, la cláusula compromisoria se refiere a un acuerdo previo pero al litigio, la que puede contener todos los elementos de un contrato definitivo, es decir participa así en esencia de la naturaleza del acuerdo definitivo de mediación.

Asimismo, la cláusula de mediación es un negocio jurídico autónomo del contrato en donde se plasma, ya que un procedimiento derivado de esta puede declarar como nulo el contrato en donde físicamente se inserto.

En este sentido Leonardo Aravena Arredondo establece que “la circunstancia de que dicha cláusula pueda estar contenida materialmente en un documento que contenga también otro contrato, no puede crear una relación de dependencia ni de accesoriedad. Así la cláusula y el contrato son negocios jurídicos que provienen de distinta manifestación de voluntad, la primera la del contrato, tiene generalmente fines patrimoniales, la otra la de la cláusula, se dirige a sustraer determinadas controversias a un determinado proceso”⁸¹, que en la especie sería el de la mediación.

⁸⁰ SILVA Jorge Alberto, op cit., p. 62

⁸¹ ARAVENA Arredondo Leonardo, Naturaleza Jurídica del Arbitraje, Editorial Jurídica de Chile., Santiago de Chile, 1969, p. 100

Dicho autor abunda estableciendo que ⁸² no es necesaria la existencia de un contrato para que la cláusula compromisoria pueda tener lugar a efectos, incluso esta última es una figura jurídica completa, que no puede decirse que necesite integrarse de elementos de otro contrato. Sólo está regulando respecto de la suerte que correrán determinadas controversias al producir sus efectos una relación jurídica que indica, y el hecho de que generalmente se la encuentre incluidas en las cláusulas de un contrato, eso no le quita su individualidad jurídica propia capaz de producir sus efectos con absoluta independencia del contrato al cual, por razones prácticas se incorpora”.

Por lo anterior, la cláusula compromisoria de mediación no se agota en un sólo procedimiento de mediación, y subsiste mientras haya la posibilidad de contiendas futuras, siempre que sean sobre su mismo objeto.

Por otro lado, el proceso de mediación puede iniciar a partir de un contrato autónomo en el cual las partes pacten que se obligan a que para el caso de existir una controversia futura celebraran un convenio definitivo en el que sometan al un procedimiento de mediación para la solución del conflicto.

El objeto de este contrato no es iniciar un proceso de mediación, sino que se comprometen a realizarlo en el supuesto de que surja una controversia.

En este sentido, este contrato es un acto jurídico autónomo, que se diferencia de la cláusula compromisoria por que esta por separado del negocio jurídico que le dio origen, siendo un contrato preparatorio que vincula a las partes al cumplimiento de una obligación de hacer consistente en la formación de un negocio futuro en el que finalmente convengan someter la solución de una controversia al procedimiento de mediación.

En el tercer caso, las partes que ya están dentro de un procedimiento, es decir ya existe litis planteada, el juez ordena un procedimiento de mediación, con la salvedad de que de llegar a un acuerdo, este será obligatorio, toda vez que es un convenio judicial, que por si solo es cosa juzgada.

Ahora bien, en cuanto a su naturaleza jurídica de estos acuerdos, cláusula compromisoria y el acuerdo parcial de mediación, tomando como punto de partida la doctrina que trata a la cláusula compromisoria arbitral, existen sobre ésta dos corrientes, a saber:

⁸² Idem, p. 102

Comierte que los cataloga como un acto preparatorio, entendiéndose como una promesa de comprometer.

En este sentido Fernando Fueyo la define como “el contrato preparatorio de derecho privado, con efectos civiles y procesales, en virtud de la cual se otorgará en su día un compromiso, con el objeto de resolver por árbitros uno o más conflictos, entre las partes nacientes de una relación jurídica prefijada en principio”⁸³, este autor fundamenta su estimación en cuanto a la naturaleza jurídica de la cláusula, en que cuando ella se estipula no se produce un efecto inmediato al sometimiento de una contienda al conocimiento de un juez o arbitro, en que no habría en ese mismo momento una diferencia o dificultad alguna entre los que están contratando, son que lógicamente exista la mención precisa de las cuestiones materia de controversia que se someten al fallo arbitral, y que como acto preparatorio, es un acto que tiene una reiteración indefinida.

Esta parte de la doctrina le dio el nombre de contrato preliminar de arbitraje, y durante mucho tiempo, sobretudo en la doctrina española y francesa, la misma no tenía fuerza suficiente para obligar a las partes a acudir al arbitraje, toda vez que se le equiparaba en su naturaleza jurídica a la de un precontrato cuyo objeto es la conclusión de un contrato futuro denominado compromiso.

La otra postura es que la naturaleza jurídica de la cláusula compromisoria es un acuerdo de carácter constitutivo en donde las partes convienen en encomendar a árbitros el conocimiento de todas o algunas cuestiones que se produzcan en el futuro entre ellas, relativas a las materias o asuntos que señalan, sustrayéndolas de los tribunales de la jurisdicción ordinaria, diferenciándose del propio compromiso arbitral, no en ser este el acto definitivo, sino en que este último es en donde las partes convienen en encomendar a árbitros el conocimiento de discrepancias ya surgidas entre ellas, sustrayéndolas de la jurisdicción ordinaria.

Esta última postura observa que la naturaleza jurídica del acuerdo arbitral definitivo y la cláusula compromisoria es la misma, solo que difieren en que el primero es un acto que engendra la obligación pura y simple de someterse al arbitraje, mientras que la cláusula compromisoria da origen a una obligación sujeta a la condición de que se produzcan en el futuro controversias susceptibles de arbitraje entre las partes. “El compromiso sólo servirá para solucionar la cuestión o cuestiones que actualmente se somete a juicio de árbitros, y en cambio la cláusula vivirá más ampliamente en cuanto podrá dar origen a varios o a ninguno juicio arbitral”⁸⁴.

⁸³ FUEYO Laneri Fernando, *Derecho Civil*, Tomo Quinto Volumen II, p 145.

⁸⁴ ARAVENA Arredondo Leonardo, op cit p. 117

Ahora bien esta postura ataca los argumentos de aquéllos que consideran que es un contrato preparatorio en este sentido: en cuando a que cuando se pacta una cláusula compromisoria no produce de inmediato y directamente el sometimiento de una controversia al juicio de árbitros, ello no es la naturaleza misma de la institución, por cuanto se está regulando para controversias no surgidas aún y que incluso pueden nunca llegar a surgir, es decir se pretende regular el destino de controversias que propiamente aún no nacen, lo que en si no le otorga la cualidad de ser un acto preparatorio.

El objeto de la cláusula compromisoria es el de sustraer del conocimiento de la jurisdicción ordinaria las cuestiones que se produzcan en el futuro relativas a determinadas relaciones de las partes, por lo que persigue esta cláusula es el someter a las partes a un juicio de árbitros.

En este orden de ideas, desde que se pacta la cláusula compromisoria arbitral se produce el importante efecto de renuncia por las partes a la jurisdicción ordinaria y el establecimiento o la posibilidad y facultad de establecer un tribunal arbitral para el conocimiento de sus diferencias, por lo que este efecto se produce tanto en la cláusula compromisoria como en el acuerdo arbitral, por lo que no estamos en presencia de un pacto previo de arbitraje.

Más aun, la renuncia a la jurisdicción ordinaria y la obligación a someterse a una jurisdicción arbitral van a ser básicamente iguales al tratarse de un compromiso o de una cláusula compromisoria, es cierto que en el caso de la cláusula el efecto es mas prolongado y puede dar origen a más de un proceso arbitral, pero ello no puede ser tomado como un argumento para decir que se trata de un contrato preparatorio o de uno o varios compromisos.

Entonces, la obligación que nace de una cláusula compromisoria, consiste en llevar las controversias a un tribunal arbitral produciendo el efecto de la renuncia a la jurisdicción ordinaria y otorgando la excepción de compromiso para proteger su cumplimiento forzado que nace igualmente tratándose de un acuerdo o de una cláusula compromisoria, y no la de celebrar un compromiso como si estuviéramos en presencia de un contrato preliminar de compromiso.

Asimismo, si se llegara a considerar a la cláusula compromisoria como un precontrato, se le daría el efecto de que en caso de incumplimiento por una de las partes para ir al arbitraje, no se le otorgara por parte del poder judicial el apoyo necesario para compeler a tal parte al procedimiento arbitral.

A mayor abundamiento, tradicionalmente la doctrina ha conocido dos formas en la que se puede revestir el acuerdo arbitral, la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, produciendo ambas el mismo efecto: el someter una controversia a la decisión de los árbitros

Debido principalmente a la práctica internacional generalizada de establecer en los contratos comerciales la cláusula compromisoria como fuente obligatoria para acudir al arbitraje, tanto la doctrina como la jurisprudencia, con ánimo de dar seguridad jurídica a una situación real, dotaron a la cláusula compromisoria de completa validez y eficacia, equiparándola con el compromiso. En palabras de Cornú "la cláusula compromisoria no es una promesa de compromiso, sino una especie distinta y autónoma de convención arbitral, que constituye la ley de las partes y el árbitro. Se basta a sí misma desde el momento en que el litigio, una vez nacido, puede ser sometido al tribunal arbitral por una de las partes sin necesidad de concluir un compromiso".⁸⁵

Ahora bien, una vez analizada la naturaleza de la cláusula compromisoria arbitral, y al concluir que esta no es un convenio preparatorio, por las razones antes apuntadas, procederemos a analizar la naturaleza de la cláusula de mediación.

Como ya se mencionó anteriormente, esta cláusula no produce los efectos de la renuncia a la jurisdicción ordinaria, ni establece la obligación de llevar la controversia ante un tribunal arbitral, no esta protegida esta obligación con su cumplimiento forzoso por medio de la excepción de arbitraje, siendo las anteriores los elementos característicos de la cláusula compromisoria de arbitraje que hacen imposible su caracterización como un contrato de promesa, por lo que podemos concluir que no se puede aplicar este criterio para determinar la propia naturaleza de la cláusula de mediación.

Ahora bien, una cláusula compromisoria de mediación produce el efecto de sujetar a las partes en el caso de que surja una controversia a intentar un procedimiento de mediación el cual iniciaría mediante un acuerdo de mediación en donde se determinarán los detalles del mismo.

⁸⁵ VAZQUEZ DE CASTRO Luis M. La cláusula compromisoria en el arbitraje civil. Ed. Civitas, S:A. Madrid 1991 p. 33

De lo anterior se desprende que tanto la cláusula compromisoria de mediación y el acuerdo parcial de mediación, se pueden clasificar dentro de los contratos preparatorios, toda vez que en ellos se conviene que las partes se obliguen a elaborar cierto contrato en un futuro, que es el acuerdo de mediación, el que dará inicio al procedimiento de mediación.

En este orden de ideas, el contenido obligacional de dichos acuerdos lo constituyen solamente obligaciones de hacer de conformidad con lo pactado, toda vez que no se quiere celebrar el acto definitivo, por lo que la obligación de hacer se refiere a celebrar cierto contrato.

El contrato preparatorio de mediación y la cláusula de mediación no están regulados expresamente en la legislación nacional, por lo que debemos analizar dichos contratos a la luz de lo expuesto en el Código Civil en lo referente a los contratos preparatorios.

Así es como en los artículos 2243 y 2244 del Código Civil se establece que la promesa de contrato o contratos preparatorios son aquellos que tienen por objeto la celebración de un contrato futuro.

En este sentido Ramón Sánchez Meda establece que "la promesa es un contrato preparatorio, por que crea una relación jurídica preliminar para la celebración de un contrato futuro"⁸⁶, situación que acontece en este tipo de acuerdos.

En este orden de ideas, la naturaleza de estos acuerdos, según De Castro y Roca, la establecen como contratos base, en el que se fijan sólo elementos característicos que después habrá de desarrollar en un contrato futuro, o bien la promesa es una etapa inicial en el iter contractual que desemboca en el contrato definitivo.

⁸⁶ SANCHEZ Meda Ramón, De los Contratos Civiles, Editorial Porrúa, Decimotercera Edición, México 1994, p.499

En este orden de ideas, las partes que se obligan a celebrar un proceso de mediación, deberán contar con la capacidad general para contratar, puesto que no se requiere anticipadamente la capacidad especial que se necesite para la celebración del contrato definitivo⁸⁷ toda vez que de dichos acuerdos solamente surge la obligación de realizar el acuerdo de mediación, es decir una obligación de hacer, distinta de las obligaciones que surgen de los acuerdos posteriores.

Asimismo, los acuerdos antes mencionados, como todos los contratos, deberán cumplir con los elementos reales y formales necesarios para su constitución y perfección.

En cuanto a sus elementos reales, son dos los elementos reales de esta cláusula compromisoria (promesa): el contrato futuro y el plazo.

Por lo que respecta al objeto mediato de los acuerdos antes citados, este lo constituye el contrato futuro, ya que el objeto inmediato es una obligación de hacer, es decir celebrar el contrato definitivo de acuerdo con los elementos característicos de este previamente determinados.

En este sentido, será necesario establecer en la cláusula compromisoria el objeto que será del contrato definitivo sin que sea necesaria determinar los elementos característicos y esenciales del contrato definitivo, es decir, los elementos que se tratarán en el proceso de mediación, definición del mediador, lugar de la mediación, etc., en este sentido Lozano Noriega establece que "el objeto del contrato definitivo debe consignarse en la promesa de contratar para que ésta sea eficaz, válida y hemos visto que el grado de ineficacia de la promesa, cuando falta precisamente el señalamiento de los elementos característicos del contrato definitivo, equivale a una inexistencia de la promesa de contratar."⁸⁸

⁸⁷ Como lo señala el autor Sánchez Meda, en ocasiones una de las partes no puede celebrar de momento el contrato futuro por falta de capacidad o por necesitar una autorización o permiso judicial o administrativo, o bien como por una imposibilidad de hecho como falta de tiempo, llenando así una utilidad práctica el precontrato que permite asegurar la celebración de un contrato futuro, razón por la cual se le considera en la doctrina española como un contrato de garantía.

⁸⁸ LOZANO Noriega Francisco, Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México D.F., 162, p. 71

Asimismo, es importante tomar en cuenta sobre que materia se va a llevar a cabo la mediación, toda vez que el resultado del proceso de mediación será un acuerdo de mediación, el cual es en sí un contrato de transacción, por lo que no es recomendable que los promitentes convengan que en un futuro se celebre un convenio de mediación destinado a resolver cuestiones sobre alimentos o sobre el estado civil de las personas dado que estas materias no pueden ser objeto de una transacción.

Por otro lado, el segundo elemento real de la promesa es el plazo, como lo establece el artículo 2246 del Código Civil del Distrito Federal, sin el cual haría nula la promesa, nulidad relativa.

Este plazo es un término extintivo, y necesario ya que la promesa de contratar debe limitarse a cierto tiempo, existiendo en este lapso de tiempo el derecho a exigir el cumplimiento de la promesa, vencido el término, se extingue la obligación del promitente, cuando expira el plazo sin que por culpa alguna de las partes haya podido celebrarse dicho contrato futuro, caducan los derechos de las mismas partes para exigir la celebración del contrato prometido.

Es así como el plazo al ser un elemento esencial del contrato de promesa, de cuya naturaleza gozan los acuerdos antes mencionados, no les es posible aplicar los plazos supletorios establecidos el artículo 2080 del Código, toda vez que como ya establecimos el plazo constituye un elemento de validez necesario para dar nacimiento a diversas obligaciones, además de que la regla contenida en el artículo mencionado solamente es aplicable para determinar el plazo para el cumplimiento de una obligación ya existente.⁸⁹

En este sentido, es necesario establecer en la cláusula compromisoria que en el momento en el que se suscite una controversia, se deberá en un plazo determinado, someterla a un proceso de mediación, ya que de lo contrario sería nula esta cláusula.

La exigencia ineludible de un plazo expreso se explica porque sólo con él se reviste de seriedad y de precisión a la obligación del promitente, ya que de lo contrario la falta de él haría que la obligación asumida fuera vaga y carente de respeto, por ello el contrato preliminar teniendo por objeto un contrato futuro, es esencialmente una obligación a término.

⁸⁹ SANCHEZ Medal Ramón, op cit., p. 137 y 138.

En el caso no es una nulidad absoluta sino que es una subsanable nulidad relativa, ya que puede complementarse después por las partes la omisión del plazo, convalidando así la promesa celebrada por ellos con anterioridad.

Por otro lado, por lo que respecta a la forma, estos tipos de acuerdos deberán constar por escrito, independientemente de que el contrato definitivo no deba constar por escrito, como lo establece el artículo 2246. del Código Civil del Distrito Federal.

Ahora bien, en cuanto al contenido obligacional de los acuerdos antes mencionados, consiste en realizar una obligación de hacer a cargo de los dos promitentes toda vez que es una promesa bilateral, es decir en celebrar el contrato o compromiso de mediación.

Ahora bien en cuanto al incumplimiento de este tipo de acuerdos, el artículo 2247 del Código Civil del Distrito Federal establece que cuando el promitente se resiste al otorgamiento del contrato futuro, puede el beneficiario de la promesa exigir judicialmente el otorgamiento de éste y hacer efectivo tal otorgamiento a través de la firma que estampe el juez en rebeldía del promitente.

Es importante destacar que si bien, legalmente una de las partes podrá ser obligada a realizar el compromiso de mediación, vía ejecución forzosa del contrato, en este caso se rompe con el esquema no adversarial de la mediación, ya que de seguir el procedimiento de mediación en este ambiente de tensión, sería casi imposible que se llegara a un acuerdo de mediación-transacción.

En el caso anterior, se deberá someter la controversia a un arbitraje, estipulando en la cláusula compromisoria de mediación que de no celebrarse la mediación se llevara a cabo un arbitraje, lo que en sí mismo es una cláusula compromisoria arbitral, la cual produce que las partes estén obligadas a celebrar el compromiso arbitral, y si una de ellas esta renuente, podría haber una ejecución forzosa, y debido a la naturaleza adversarial del arbitraje no habría repercusión en cuanto al elemento de coacción antes mencionado.

En virtud de lo anterior, es necesario subsanar el vacío legal que existe respecto de este tipo de acuerdos, por lo que se debería establecer una reforma por medio de la cual se constituya como un contrato o bien se reglamentara en específico esta clase de acuerdos con el propósito de reconocer esta posibilidad que se le presenta a las partes para la solución de sus controversias, en donde se haga un reconocimiento expreso de los medios por los cuales se puede preparar el acuerdo de mediación preparatorio, es decir, ya sea a través de una cláusula inserta en un contrato principal o a través de un contrato autónomo.

Asimismo, se determinen los requisitos personales, reales y formales mínimos que deberán de contener dichos acuerdos, considerando en principio como tales los requisitos generales que en esta materia rigen en el derecho privado para el caso de la promesa de contrato. Además de establecer claramente las obligaciones que en principio surgen de este tipo de convenciones dentro de las cuales está la realización de los actos que sean necesarios para que la mediación pueda tener efecto siendo el Juez el que en caso necesario y en un procedimiento de ejecución de este convenio preparatorio, sea quien pueda subsanar la voluntad de cualquiera de los contratantes a fin de que estos acuerdos puedan tener una verdadera utilidad práctica.

Por lo anterior, reconociendo este hecho que comúnmente se presenta, la ley admitiría expresamente los medios preparatorios a la mediación, sin más alcance que el de obligarse a instituirlo algún día, y quedando por ello los otorgantes sujetos a la realización de cuantos actos sean necesarios para que la mediación pueda tener efecto.

Asimismo, cabría analizar si a este tipo de acuerdos se les debe promover mediante el reconocimiento de la excepción de incompetencia de jurisdicción a fin de que los Tribunales Ordinarios se inhiban de conocer del asunto, si el objeto del mismo es a su vez el que constituye del contrato preliminar.

2.13 El contrato de mediación

Una vez surgido el conflicto, las partes en cumplimiento de una cláusula de mediación o por mandato de un juez o bien en su afán de resolver un conflicto pueden celebrar un acuerdo de mediación, por medio del cual iniciarán el procedimiento de desavenencia al llevar esta ante un mediador, el cual puede guiara a las mismas en la realización del acuerdo de mediación.

Al existir una laguna en nuestra legislación en cuanto la regulación de este acuerdo, por principio de analogía tomaremos para su análisis el contrato con el cual tiene mayor parecido que es el acuerdo arbitral.

El autor Hugo Alsina define este acuerdo como “el acto por el cual en cumplimiento de una cláusula compromisoria o de una disposición de la ley, las partes someten a la decisión arbitral las cuestiones concretas que en él se determinan y se nombran los árbitros y se fijan las condiciones del laudo”⁹⁰

Por su parte, el maestro Briseño Sierra afirma que el compromiso arbitral “es un contrato con toda la extensión de previsiones, en el que se comienza por indicar el conflicto ya suscitado, las partes que intervienen, en sujeción nombrado árbitro, la facultad que se le otorga, y también de una manera más o menos coincidentes los puntos que pueden aparecer en la cláusula como son las leyes aplicables, las reglas del procedimiento, las facultades para decidir conforme a derecho o sin justificar los puntos resolutorios, es decir en equidad como amigable composición o *ex aequo et bono*, etc.”⁹¹

En este sentido, la Convención sobre la Ejecución y Reconocimiento de Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrita por México en el año de 1971 define en su artículo II “que cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”.

Asimismo, el Código de Comercio en su artículo 1416 define al acuerdo arbitral como aquel acuerdo “por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Ahora bien, tomando en cuenta los elementos anteriores aplicables a la mediación podemos decir que el acuerdo de mediación es un acto jurídico por medio del cual las partes que tienen un conflicto ya presente o bien por el cumplimiento de una cláusula compromisoria o un mandato judicial se comprometen a someterse a un proceso de mediación, por lo que se señalaran las características propias de este procedimiento las obligaciones y derechos de ambas partes.

⁹⁰ Alsina Hugo. Op cit, p39

⁹¹ BRISEÑO Sierra Humberto, El arbitraje Comercial, Editorial Limusa, Primera edición, 1988, p 45

En estricto sentido no se trata de un contrato, sino de un acuerdo, toda vez que es un acto sumamente complejo en donde no basta el mero acuerdo de voluntades entre las partes, sino que además es indispensable para su total cumplimiento que se cuente con la anuencia de los mediadores que han sido designados para que se pueda llegar a un proceso de mediación.

Asimismo, este acuerdo de mediación no produce los mismos efectos que un acuerdo de arbitraje, como ya se vio en el punto anterior al analizar la cláusula compromisoria.

Ahora bien, el compromiso sí debe reunir los elementos propios de un contrato, por lo que en cuanto a sus elementos de existencia tenemos que el objeto consiste en la expresión del deseo de someterse al proceso de mediación con el objeto de dirimir una controversia presente, estableciendo así la forma de solucionarla.

Se debe designar el negocio o negocios que se someterá en el procedimiento de mediación, con el único fin que se de cómo referencia. Es decir el objeto de este acuerdo es señalar el proceso de mediación como el medio por el cual se resolverá el conflicto.

En cuanto al consentimiento, este surge cuando ambos compromitentes se ponen de acuerdo en la forma de solucionar los conflictos.

En cuanto a los elementos de validez, en nuestra legislación se establece un requisito de forma para el compromiso arbitral, contenido en el Código de Procedimientos civiles en el artículo 611 en donde establece que el compromiso puede celebrarse por escritura pública, por escrito privado o en acta ante el juez cualquiera que sea la cuantía.

Por su parte el Código de comercio establece en el artículo 1052 que los tribunales se sujetaran al procedimiento convencional que las partes hubieren pactado, siempre que el mismo se hubiere formalizado en escritura pública, póliza ante corredor o ante el juez que conozca de la demanda en cualquier estado del juicio y se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, en el caso de que las partes hubieren optado por un procedimiento convencional.

En cambio si se optó por un procedimiento arbitral, el artículo 1423 de dicho ordenamiento establece que “el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación” la referencia hecha en un contrato o un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

De lo anterior puede observarse que debe bastar con que se plasme el compromiso en un documento público o privado en donde se determinen los términos y condiciones del proceso de mediación

En cuanto al objeto, motivo o fin lícito: el acuerdo de mediación deberá referirse a la licitud de mediar el litigio que *in genere* se establece en el acuerdo de mediación, pero hay que estar conscientes que en el caso de que se llegue a un acuerdo mutuo que tendrá la naturaleza de transacción existen ciertos elementos que no son objeto de la transacción, o bien puede desencadenarse en un allanamiento o un desistimiento, en donde se tiene que estar facultado para disponer de dichos derechos.

En cuanto a la capacidad de los compromitentes, estos deberán ser capaces para poder pactar, pues de lo contrario el acuerdo es inválido, es decir es necesario que las partes puedan transigir sobre la materia y objeto en litigio, lo que significa que objetivamente puedan disponer del objeto litigioso y que subjetivamente las partes cuenten con la facultad de disposición y la capacidad para transigir.

Ahora bien como elemento característico de este acuerdo de mediación, es la definición en él, de los criterios de mediación en donde las partes convendrán la forma de la revelación de informaciones dentro de la mediación, los tratos confidenciales, la forma de pago y honorarios del mediador, la duración de las sesiones la forma en que el mediador va a actuar en el caso de que los participantes se sientan incapacitados para tomar una decisión en una etapa posterior del proceso, la previsión para medidas procesos legales, la participación del mediador en forma individual o *Caucus* con las partes, la obligación de comunicar al otro participante lo que ocurrió en la conversación individual, con una explicación del contenido general, la forma de revelación de informaciones dentro de la mediación, el respeto a los tratos confidenciales, el monto de los honorarios y la forma de pago, la previsión para medidas y procesos legales, el análisis y revisión del acuerdo de mediación y la conclusión de esta, así como cualquier otro aspecto que pretendan establecer

En el caso de las sesiones privadas con el mediador (*Caucus*) cuando se soliciten mutuamente con el propósito de mejorar el entendimiento del mediador acerca de la posición del participante. La información obtenida a través de sesiones privadas podrá o no compartirse en sesiones conjuntas, dependiendo de la voluntad del participante.

En este contrato se debe estipular que las partes convienen voluntariamente en cooperar con el proceso de mediación, reduciendo los patrones deficientes de comunicación como ataques personales y arrebatos de cólera y apegándose a los problemas más inmediatos, participando ambos en la búsqueda de opciones justas y factibles. Se deben comprometer las partes a trabajar en resolver sólo aquellos problemas que aún no se han decidido.

En este acuerdo de mediación se debe además de todo lo anterior, pactar la interrupción y terminación del proceso por haberse suscitado una diferencia insalvable; es decir si el mediador declara terminado el proceso debido a un incumplimiento de las reglas, una participación incompleta, una falta de preparación personal, si un participante lo solicita o bien si se llegan a tres sesiones y no se ha dado lugar a un avance sustancial.

Se debe acordar que una diferencia insalvable se manejará de una o más de las siguientes formas: terminación absoluta del caso por parte del mediador, si los participantes deben recibir otros servicios, si deben presentarse acontecimientos específicos antes de salir adelante, si se da una reprogramación de los participantes hasta que estén listos para reanudar o bien el retiro de la mediación mediante un escrito.

Se deben estipular también los criterios de asistencia de terceros como son testigos, abogados o asesores, siempre que estos últimos formenten al proceso; Se estipulara también que entre las sesiones de mediación y antes de finalizar un convenio los participantes tendrán el derecho de consultar con abogados para lo que se refiere a aspectos legales.

Asimismo, se debe establecer que el primer borrador del Plan de Mediación, antes de que sea firmado se considerará una copia de trabajo para los propósitos de la revisión y análisis de los participantes, los cuales no pedirán al mediador que testifique en tramite legal alguno referente a los problemas comprendidos en la mediación, así como se establece la prohibición de no llevar a cabo grabación alguna sin previo consentimiento del mediador y de los demás participantes.

Ambos participantes podrán convenir en suspender o abstenerse de iniciar trámites de tribunal uno contra el otro, en cuanto a asuntos relacionados con los de la mediación mientras se estén celebrando las sesiones o hasta que un participante se haya retirado, notificándolo por escrito o bien si el mediador declaró una diferencia insalvable.

Se debe estipular una cláusula en la cual las partes se obliguen a no divulgar lo que se conoce en un proceso de mediación, estableciendo una pena convencional para el caso de que esto suceda, con lo que así se protege la confidencialidad de lo expuesto en el proceso de mediación.

Una vez formalizado el acuerdo antes tratado, las partes convendrán con el mediador un contrato de servicios profesionales, y realizarán memorándums o cuestionarios realizados por el mediador, con el fin de que este último conozca los principios y detalles del conflicto.

Asimismo, en el acuerdo definitivo de mediación se deberán especificar los detalles relativos a los procedimientos a seguir en el caso de llegar a un acuerdo, notificaciones, participaciones de terceros, proyectos, remediación en caso de que no se cumpla con el acuerdo final, forma de redacción y de revisión legal, etc.

Es importante establecer en el acuerdo de mediación, así como en la cláusula compromisoria, que si la mediación a la cual se sujetarán falla, entonces deberá acudir a un arbitraje, por lo que se reduce todavía un poco el que directamente pasen a un juicio.

Por otro lado, en el supuesto de una mediación anexa a un juzgado, este acuerdo también se intentará formalizar en la primera audiencia, en donde después de la explicación del procedimiento por parte del mediador, los participantes podrán elegir en proseguir con la mediación y firmarlo o bien el continuar con el procedimiento ordinario.

2.13 El contrato de prestación de servicios profesionales.

Como se observara en el siguiente punto, en la primera etapa del proceso de mediación, es recomendable que las partes firmen con el mediador un contrato de prestación de servicios profesionales que sirve como medida de protección legal para el mediador y los participantes.

En este contrato se deberá hacer mención o en su caso, que es lo más recomendable toda vez que delimita las funciones del mediador en el proceso, e incluir los criterios de mediación.

En términos generales, se trata de un contrato de prestación de servicios profesionales, el cual se define como aquel acto jurídico en virtud del cual una persona llamada mediador o profesor, en este caso el mediador, se obliga a prestar determinados servicios que requieren de una preparación técnica y a veces un título profesional, a otra llamada cliente, en este caso las partes, el cual se obliga a pagarle una determinada retribución llamada honorario.⁹²

Este es un contrato bilateral, oneroso y comutativo; es un contrato consensual, por oposición a formal, y su principal característica es que debe considerarse como un acto jurídico *intuitu personae*, toda vez que el mediador es elegido por sus cualidades personales, es decir, la identidad misma de las partes que celebran el contrato es de fundamental importancia, el mediador, por los conocimientos y capacitación adquiridos, y no puede delegar su cargo. Es importante recordar que el mediador, no es representante legal de las partes, toda vez que actúa como un facilitador de las partes para ayudarles a encontrar un acuerdo.

Ahora bien, en el caso en el que los participantes necesiten de un representante legal, lo deberán buscar de forma independiente para proteger sus intereses personales.

Cabe destacar que las partes pueden solicitar al mediador que se retire como intermediario, lo que produciría que, después de su retiro no podrá representar a ninguna de las partes en la materia objeto de la mediación.

Asimismo, en este contrato se deberá incluir una cláusula de confidencialidad, para así obligar al mediador a no divulgar nada de lo conocido por él en el proceso de mediación.

Ahora bien, en cuanto a los elementos personales de este contrato encontramos que el mediador es el que presta el servicio, y el cliente son las partes de un proceso de mediación que retribuyen el servicio prestado.

⁹² El autor Lozano Noriega define al contrato de prestación de servicios profesionales como aquel contrato por el cual una de las partes, llamada profesionista, mediante una remuneración que toma el nombre de honorario, se obliga a desempeñar en beneficio de la otra, a la que podríamos llamar cliente, ciertos trabajos que requieren una preparación técnica, y en ocasiones un título profesional para su ejercicio.

En cuanto a la capacidad: el mediador y las partes deberán contar con la capacidad general para celebrar este contrato de prestación de servicios profesionales solamente. Ahora bien, como se desarrollará en el Capítulo III de éste trabajo el mediador en un principio deberá ser un abogado que haya sido capacitado oficialmente, por lo que sí deberá contar con la capacidad especial que debe ser la posesión de la certificación que lo autoriza para el desempeño de su profesión.

Asimismo, las partes requerirán de capacidad especial, cuando por motivo de la mediación se obliguen a realizar un acto de dominio.

En cuanto a los elementos reales son dos. El servicio profesional y los honorarios.

Sánchez Meda establece que por servicio profesional no hay que entender precisamente actos jurídicos, ya que pueden ser también actos materiales o simplemente hechos, pero siempre han de ser propios de una profesión determinada, ya que el mediador, según antes se indicó debe tener una calidad especial consistente en poseer los conocimientos técnicos o la ciencia específica debidamente comprobados a través de las autoridades que le expidieron el título profesional.

El otro elemento real de este contrato lo conforman los honorarios, los que pueden consistir en algún bien o en algún determinado servicio que pague el cliente a cambio de los servicios de mediación, aunque originalmente la retribución consiste en una suma de dinero. Sin no hay pago de por medio, las partes convienen en que la prestación de servicios profesionales sea gratuita, por lo que se trataría de un contrato innominado similar a la donación y al comodato.

En el aspecto formal de este contrato, no requiere formalidad alguna para su celebración, por lo que es un contrato informal y consensual, aunque se recomienda pactarlo por escrito para efectos probatorios, y al igual que el mandato existe la posibilidad de la aceptación tácita de este contrato por el mediador que ofrece sus servicios al público.

Por otra parte, en lo que respecta a las obligaciones que derivan de un contrato de prestación de servicios se pueden establecer por parte del mediador las siguientes:

Prestar el servicio convenido, poniendo todos sus conocimientos científicos y técnicos al servicio del cliente en el desempeño del trabajo pactado, aquí el mediador podría incurrir, en negligencia, impericia o el dolo de conformidad con el artículo 2615 del Código Civil. Esta responsabilidad consiste en perder el derecho al cobro de los honorarios y obligarse al pago de los daños y perjuicios cuando una sentencia judicial o laudo arbitral declarasen que el mediador incumplió dicha obligación.

Debe cumplir personalmente, toda vez que es un contrato *intuitu personae*, aplicándole lo dispuesto por el artículo 2614, el cual dispone que “siempre que un profesor no pueda continuar prestando sus servicios, deberá avisar oportunamente a la persona que lo ocupe, quedando obligado a satisfacer los daños y perjuicios que se causen, cuando no se diere este aviso con oportunidad”

Otra obligación de gran importancia es la del secreto sobre los asuntos que sus clientes le confían, salvo los informes que deba proporcionar conforme a las leyes respectivas.

Otra obligación consiste en erogar las expensas o gastos que sean necesarios para el desempeño del servicio profesional, pudiendo pactar las partes en contrario.

Un punto importante a destacar es que el mediador no incurre en el delito de prevaricato, previsto en el Código Penal, toda vez que este no patrocina o ayuda a las partes.

En suma, el mediador contrae obligaciones de hacer, de prestar un servicio, y obligaciones de no hacer, como el no revelar lo contenido en el proceso de mediación.

En cuanto a las obligaciones de las partes, consiste en pagar los honorarios convenidos, no existiendo esta obligación cuando el mediador carece de título o aun teniéndolo no haya obtenido la cédula profesional o la autorización respectiva de la Dirección de Profesiones y los servicios prestados son de una profesión para cuyo ejercicio la ley exige título.

Estos honorarios pueden consistir en muy variadas prestaciones, ya que pueden ser un determinado bien o una cantidad periódica que ha de pagarse una única vez o a base de una iguala periódica.

A falta de convenio sobre el monto de honorarios, estos se deberán tasarse conforme al arancel, debiendo tener una observancia general entre mediadores, los cuales no están autorizados a cobrar ni más ni menos de lo fijado por el arancel. A falta de arancel, se fijarán los honorarios atendiendo a la costumbre del lugar, a la importancia de los servicios y del asunto a que se refiere, a la capacidad económica del cliente y la reputación del mediador,

Los honorarios se pagan por servicio prestado, independientemente del éxito o buen resultado de este, a menos que se hubiera pactado lo contrario, ya que el mediador no se asocia en el negocio o el servicio al cliente y además la obligación del profesionista en la prestación de sus servicios es una obligación de medio o de actividad y no una obligación de resultado salvo pacto en contrario.

Este pago de honorarios debe efectuarse, salvo pacto en contrario en el lugar de la residencia del mediador y al terminarse el negocio o trabajo o cada servicio que se le confió.

En una mediación privada, el cargo de los honorarios por servicios periódicos de mediación suele ser estructurado para que se pague en efectivo previamente al comienzo de las sesiones, o bien con un pago anticipado, con base en la duración esperada, dejando este pago como depósito. En este último método, cualquier parte no utilizada puede reembolsarse y, los pagos previos adicionales pueden irse utilizando a medida que el proceso de mediación continúa.

Ambos suelen basarse en una cantidad de honorarios por hora determinada por los costos del mediador, la capacidad de pago del cliente, o algún compromiso establecido entre ambos.

Por su parte, en la mediación en el sector público los acuerdos de pago no se presentan debido a que estos generalmente están subsidiados por el gobierno.

Una tercera obligación consiste en pagar al mediador los daños y perjuicios que eventualmente se le hubieren causado con motivo de la prestación del servicio.

El contrato en cuestión se regirá por las reglas especiales de terminación de todos los contratos, siendo las causas más frecuentes la conclusión del negocio o asunto u obra encomendada al mediador, la imposibilidad objetiva de seguir prestando el servicio, el mutuo consentimiento de las partes, la muerte o declaración de interdicción del profesionalista, toda vez que este contrato debe considerarse como *intuitu personae* y la imposibilidad subjetiva del mediador de seguir prestando los servicios.

La revocación o el desistimiento del cliente también es posible, pues tiene en este punto concreto cierta semejanza con el mandato, pero en este caso no hay que pagar por dicho cliente sino los servicios prestados hasta entonces, valuados en función del resultado útil de los mismos y no en la utilidad o *garancia total* que hubiere podido conseguir el mediador en caso de que, si no hubiera habido tal revocación, hubiera terminado de prestar los servicios pactados, en consecuencia, el resultado de la revocación del cliente en una prestación de servicios profesionales es diverso de lo que ocurre en el contrato de obra a precio alzado.

2.14 Etapas de la mediación

Las etapas de un proceso de mediación varían dependiendo del mediador, así como de las circunstancias que rodeen el conflicto; pero generalmente se pueden distinguir seis etapas generales en toda mediación

- I. Introducción
- II. Planteamiento de hechos y declaraciones de los participantes
- III. Discusiones conjuntas
- IV. Coloquios (*Caucus*) o negociaciones por separado
- V. Negociaciones conjuntas y toma de un acuerdo
- VI. Redacción de un acuerdo.
- VII. Revisión y proceso legal

A continuación analizaremos cada una de estas etapas.

2.15.1 Introducción.

Esta etapa de la mediación es vital para el establecimiento de una relación que facilitará el resto del proceso. Es aquí donde el mediador proporciona la estructura inicial, obtiene la confianza y cooperación de los participantes, punto necesario para su participación activa en el proceso.

La forma en que se inicia el proceso de mediación determina la cantidad de esfuerzo que requerirá el mediador para crear entendimiento y aceptación de la misma.

Es en esta etapa en donde el mediador deberá evaluar las actitudes de los participantes acerca de la mediación, así como su disposición hacia el proceso, además de las introducciones y los criterios de revisión, siendo ésta la parte del procedimiento en donde se recabará información pertinente sobre las percepciones del conflicto que tienen los participantes, sus metas y expectativas, y la situación de conflicto durante esta etapa, siendo necesario reunir información sobre la motivación de los participantes en usar la mediación, los antecedentes inmediatos, los acontecimientos que dieron lugar al conflicto, los estilos de los participantes en cuanto a la interacción de otros participantes, la protección inmediata y aspectos de seguridad para cada participante y dependientes.

El orden de los pasos a seguir debe de permanecer flexible para ajustarse a las dinámicas de cada caso y el proceso de mediación no debe ser rígido, debiendo utilizar los pliegos de trabajo y los convenios de empleo, los cuales serán de utilidad dependiendo del contexto de la disputa misma.

En esta etapa se dan siete pasos de gran importancia para el desarrollo del proceso, estos son: i) Presentación breve y acomodo de las partes, ii) Declaración preliminar del mediador, iii) Confirmación de los datos del caso, antecedentes inmediatos y acontecimientos que ocasionaron los hechos, intervención de terceros, aspectos sobre seguridad. iv) Cesión de la palabra al participante, v) Discusión de expectativas, vi) Criterios de revisión vii) Discusión de los pliegos de trabajo.

Esta primera etapa inicia con la declaración preliminar del mediador, esencial para definir los papeles, tanto del mediador como de los participantes y recompensar a estos últimos por la decisión de acudir a la sesión.

El mediador se presentará y presentará a las partes. Paso siguiente confirmará los datos del caso, teniendo esta revisión el propósito de confirmación de que el mediador no guarda ningún secreto, y que está consciente de la neutralidad que debe mantener, poniendo en claro que todo lo que un participante le comunique a él, será comunicado a los demás, la información debe ser la misma que la recabada en las hojas de informes iniciales, y pasará a formar parte del expediente del caso.

Después de lo anterior, cederá la palabra a cada uno de los participantes, señal que indica que será un proceso activo, en donde la comunicación entre las partes es esencial.

Posteriormente establecerá una discusión sobre las expectativas o posiciones, lo que puede exponer el orden del día oculto, es decir los conflictos que las partes reconocen escasamente, pero que tienen una relación importante con la naturaleza de la disputa por la que están en el proceso de mediación. Aquí explicará el mediador que la meta es ayudar a encontrar una solución a sus problemas, una que sea justa para ambos y que sea duradera.

Una vez hecho lo anterior, se procederá a la revisión de los criterios de mediación. Estos criterios de revisión ya se plasmaron en el contrato de mediación y trataran sobre: revelación de informaciones dentro de la mediación, los tratos confidenciales, honorarios y formas de pago, duración de las sesiones, forma en que el mediador va a actuar en caso de que los participantes se sientan incapacitados par tomar una decisión en una etapa posterior del proceso, previsión para medidas y procesos legales, análisis y revisión, y conclusión.

Es en esta parte de la etapa de introducción en donde se define si los participantes tendrán el derecho de hablar con el mediador en forma individual, es decir iniciar un Coloquio o *Caucus*.

Es en este punto de esta etapa introductoria, donde se firma el contrato de prestación de servicios profesionales y se confirma o modifican los criterios de mediación establecidos en el contrato de mediación o acuerdo de mediación.

En esta etapa es importante que el mediador establezca control del proceso, el cual deberá de tenerlo durante todas las etapas del mismo, ya que solo ganando el control se podrá seguir adelante.

2.15.2 Planteamiento de los Hechos y declaraciones de los participantes.

Esta etapa es necesaria toda vez que para poder llegar a decisiones adecuadas ambos participantes deben tener información por igual y comprender a fondo cuáles son los problemas.

En esta etapa el mediador debe ayudar a los participantes a que comprendan a fondo sus áreas de acuerdo y de conflicto, debe ubicar la naturaleza, duración, intensidad y rigidez de posiciones, con la finalidad de que se señalen los hechos importantes y se aislen los verdaderos problemas a fin de presentarlos a los participantes, ayudando así a comprender a éstos sus áreas de acuerdo y de conflicto.

El mediador deberá determinar la naturaleza de los conflictos ocultos y manifiestos de los participantes a través de la ubicación del conflicto y el análisis de la rigidez de las posiciones.

En palabras de Jaime Greif es aquí en donde se definirán todos los problemas, se organizarán, resumirán y definirán prioridades, el propósito de esta etapa "es hacer a un lado las defensas y traer a la superficie los problemas ocultos, por ello se requiere que se definan todos los problemas"⁹³

Esta etapa finalizará cuando el mediador sabe en qué punto se encuentran las desavenencias y conflictos, cuáles son los conflictos ocultos, y que es lo que cada participante desea, así como cuales son los asuntos que no se va a transigir en forma alguna.

Esta etapa incluye no solo la recopilación y verificación de datos, sino también la identificación de intereses y necesidades, y la clasificación de todos los problemas conforme a un orden del día.

Al llegar a esta etapa el mediador, junto con los participantes, debe determinar una serie de metas específicas según el caso, objetivos y estrategias, que comprendan los valores e intenciones de los participantes, ya que son estos los que determinaran si quieren intentar que se resuelvan los problemas en su totalidad o sólo algunos de ellos, mientras identifican y manejan aquellos que persisten.

⁹³ GREIF Jaime, op cit., p. 49

Es en este momento en donde se puede decidir la suspensión de la mediación, debido a la presencia de una diferencia insalvable manifiesta. Cuando uno de los participantes asume una posición adversa, permitir que la mediación continúe sería un desperdicio de tiempo y dinero y sería una experiencia frustrante para aquel que está siendo activo, e inútil desde el punto de vista del mediador.

2.15.3 Discusiones conjuntas

Esta es la parte práctica de la mediación, en donde los participantes se preguntan de qué manera es posible hacer lo que se desea y cuál es la forma más efectiva. El mediador revisará los puntos de conflicto así como los pliegos de trabajo, o las notas, determinando cuál de los problemas representa el bloque crucial de confusión. Después de revisar los problemas, el mediador deberá de hacer una lista de las opciones que se mencionaron y recordará a los participantes cuáles son los criterios en los que se basará la evaluación de dichas opciones.

Esta etapa tiene dos tareas principales, la primera consiste en ayudar a los participantes en articular las opciones que conocen o desean, la segunda será el desarrollar nuevas opciones más satisfactorias que las anteriores.

El papel del mediador deberá reflejar esta dualidad, ya que es quien facilita la primera tarea y quien origina o sintetiza la segunda. La primera tarea no deberá desplazar a la segunda ya que un mediador que ofrece demasiadas opciones nuevas en un muy corto tiempo, puede inhibir la propia expresión y puntos de vista de los participantes. Es factible que el mediador pueda darse cuenta de algunas opciones que los participantes han pasado por alto, esto por que él se encuentra fuera del conflicto.

Esta etapa de la mediación constituye la parte más creativa, debiendo desarrollarse con el objeto de crear opciones que unan fragmentos de información ya expresados durante las otras etapas de mediación. Aquí es en donde el papel del mediador difiere de la actitud no orientadora de un consejero o conciliador, y de aquella altamente autoritaria de los árbitros. Por lo que se requiere que el mediador sea una persona de recursos, alguien que pueda sugerir nuevas opciones con base en amplios conocimientos sobre el tema en conflicto.

En esta etapa los participantes deberán articular sus opciones y al hacerlo deberán considerar lo siguiente:

- Necesidad de los participantes y otras personas que se verán afectadas por la decisión
- Proyecciones de acontecimientos pasados al futuro, predicciones de hechos factibles
- Pronósticos generales sobre aspectos económicos y sociales que pueden afectar una opción
- Normas legales y financieras, obstáculos y limitaciones
- Cambios predecibles en cualquiera de los anteriores criterios.

2.14.4 Coloquios o *Caucus*

En este punto de la mediación, el mediador podrá tomar la decisión de llevar a cabo una serie de reuniones privadas, situación distintiva del proceso de mediación.

El propósito de llevar a cabo juntas privadas con uno de los participantes, es que el mediador pueda hablar y discutir información, de una manera más informal, ya que de estar presente el otro participante sería una situación en la cual no se podría descubrir nuevos elementos, o discutir cierta información.

Esta etapa es considerada como la más atrevida del proceso de mediación, ya que es en donde se generan la mayoría de los elementos para posteriormente llegar a un acuerdo.

Durante el Coloquio el mediador podrá discutir con cada una de las partes los puntos fuertes y débiles de su posición, y de su coparticipante, y podrá sugerir nuevas ideas para llegar a un acuerdo. El mediador podrá llevar a cabo estas reuniones en varias ocasiones, si así lo considera apropiado.

Existen conflictos en los cuales, por el contenido mismo de ellos, no se recomienda utilizar estas reuniones privadas, tal es el caso de las mediaciones en donde hay una clara diferencia de posibilidades y recursos entre las partes. Lo anterior es por la razón de que en estos casos los participantes generalmente están en una posición de desconfianza, por lo que es más recomendable llevar todo el procedimiento con las dos partes siempre presentes.

Cabe notar que se debe dejar claro desde un principio del proceso que se llevarán estas reuniones privadas, teniendo así el consentimiento de las partes y siendo explicado en la parte introductoria y plasmado en el acuerdo de mediación.

El comienzo de estas reuniones se da cuando el mediador le pide a una de las partes a que abandone la sala de mediación, o bien que pase a otra sala de mediación, para que así el mediador pueda ir de una a otra, encontrándose separadamente con cada uno de los participantes. Durante el Caucus el mediador podrá asumir una posición más relajada, y podrá discutir los puntos de vista de la parte con la que se reúne, dejando claro que el proceso se basa en la confianza y buena fe.

Un punto importante que destacar en estas reuniones es la confidencialidad de lo que en ella se discuta, ya que de otra manera los participantes no podrán sentirse libres para discutir los puntos con el mediador.

Por lo general, el mediador no discutirá lo que se ha dicho en la reunión privada, a menos que expresamente se haya consentido. Esta política deberá estar definida desde el momento de la declaración inicial del mediador, o bien en el momento donde se anuncie el primer Caucus.

En este sentido Zulema D. Wide establece que: "Si el mediador piensa que las reuniones por separado, pueden ser útiles para el proceso de mediación, dada la índole tan especial de estas, deberá recordar muy especialmente que debe respetar las reglas aplicables a estas reuniones, explicadas en el discurso inaugural, manteniendo plenamente vigente los planos de neutralidad y confidencialidad apropiados"⁹⁴

Ya dentro de la reunión privada, el mediador discutirá la posición del participante, apoyando en algunos momentos su postura, pero también dejara ver claramente cuales son los puntos débiles, lo que no coincide, así como los intereses ocultos de la parte que se reúne con él, por lo que es muy probable que el mediador encuentre hechos que no se habían planteado, llevando al participante a una posición que sea adecuada con la realidad. Aquí es donde el mediador tratará de poner en simples palabras que es lo que él piensa y que la otra parte desea, concluyendo con la iniciativa de que el participante aporte ideas sobre como crear nuevas opciones para llegar a un acuerdo en el cual satisfaga tanto a una como a la otra parte.

⁹⁴ WILDE D. Zulema, GAIBROIS Luis, Qué es la mediación, Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina, 1994 p. 64

El mediador logra lo anterior por medio de una serie de preguntas que realiza a la parte que se reúne con él, tales como la forma en que se puede solucionar este conflicto, sobre cuanto dinero y tiempo podrá gastar si no se llega a un acuerdo, sobre como se observaría el conflicto desde el punto de vista de su coparticipante, como llegar a un acuerdo que beneficie a los dos. Generalmente se utilizan casos hipotéticos en donde se discuten los posible caminos para llegar a un acuerdo.

Es importante esta etapa en la medida en que el mediador trata de cambiar la posición del participante con el que se entrevista, o cuando menos podrá hacer que esta última observe como propios los puntos de vista de su contraria. Esto lo logra el mediador creando dudas sobre lo correcto o sabio de la postura de cada una de las partes, propiciando así la revisión de las posturas realizadas en la etapa de declaraciones.

En cualquier momento durante el proceso de Coloquios, el mediador podrá concluir que es más productivo el llevar a las partes a una discusión-negociación conjunta, pasando así a la siguiente etapa de la mediación.

2.15.5 Negociaciones conjuntas

Si la mediación esta teniendo progreso, se llegará a esta etapa, ya que después de los intercambios de información, posturas, hechos, realizados durante las etapas anteriores, los participantes podrán negociar sobre puntos en particular, y llegar a un acuerdo que funcione.

Hay que recordar que la mediación “no es otra cosa que la extensión de un proceso de negociación”. En donde las partes en disputa que no han sido capaces de llegar a un acuerdo acuden a un tercero imparcial que los asistirá en llegar a un acuerdo⁹⁵

En esa etapa, las partes tienen una visión de su contraparte más realista, así como enfocan más objetivamente sus propuestas, pudiendo ellos comenzar la negociación, si es así el caso, el mediador sólo estará para dar seguimiento de la negociación. Si no, él mismo dará lugar al acuerdo aplicando las distintas formulas de mediación

⁹⁵ Nolan-Haley Jacqueline, op cit., p. 54

La cooperación de los participantes constituye la tarea más importante de esta etapa, ya que un resultado conjunto, en el que las partes trabajaron superando sus desavenencias, tiene mucho más peso y posibilidades de cumplimiento voluntario que el resultado impuesto por una autoridad, o un tercero ajeno a la relación.

Por lo anterior se les debe alentar para que asuman el riesgo y decidan, siendo una forma muy sencilla la de llegar a un acuerdo mediante el intercambio de rasgos deseables u opciones, similares a los que se emplean a una negociación económica.

La etapa de negociación y de toma de decisiones constituye un momento en que los participantes examinan la realidad y las consecuencias de las opciones que han desarrollado.

Aquí es en donde el mediador aplicará la técnica de mediación, pero las partes son las que realizan las conversaciones. El mediador deberá fungir como un agente de la realidad, ya que es el que hace que los participantes duden de la aceptación y firmeza de sus argumentos, llevando el mediador a las partes a tener una discusión realista y enfrentándolos a sus conflictos ocultos y a sus expectativas implícitas. Asimismo, el mediador propondrá las consecuencias de seguir con las posturas firmes y adversariales de los participantes, así como generalmente utilizará la flexibilidad de las partes mediante la creación de posibles escenarios de acuerdo, pudiendo observar la posibilidad de sugerir opciones de solución que las partes ni siquiera hubiesen pensado, por estar en medio del conflicto.

El mediador aplicará la técnica de mediación, creando situaciones en donde obtengan un beneficio ambos participantes, llevando a las partes a crear un compromiso, como un simple acercamiento. Asimismo el mediador podrá darle un efecto más amplio a lo pactado en el contrato objeto de la disputa, creando beneficios adicionales a las partes, mediante situaciones que nunca se planearon en el contrato original.

Otra forma de aplicación de la técnica de mediación es la de llegar a acuerdos parciales, es decir cada una de las partes se compromete a llevar a cabo una porción determinada de su obligación, y una vez cumplido esto se pasa al cumplimiento de la otra porción; esto puede funcionar entre las partes que en un inicio no confían entre ellas, llegando a crear un sentido de seguridad de que se les cumplirá lo debido.

Es así como el mediador actúa en esta etapa en su papel de iniciar un intercambio entre los participantes, y posteriormente supervisará dicho intercambio, ayudando a los participantes a llevar a cabo una negociación sobre criterios objetivos, y en donde el mediador puede centrar las negociaciones, procurando llegar a un criterio común, por ejemplo en una desavenencia sobre el incumplimiento de un contrato, en lugar de negociar sobre lo que cada una de las partes desea, el mediador puede ayudar a los participantes a convenir, bajo supervisión legal, en aplicar un criterio objetivo, pudiendo consistir en la restitución a ambos participantes de las posiciones económicas que tenían antes de celebrar el contrato, o bien en que la parte culpable del incumplimiento cubra los gastos devengados.

Lo expresado en el párrafo anterior es lo que los autores Uri y Fischer llaman "estrategia que establece una norma justa"⁹⁶, que es necesaria para llegar a un acuerdo bilateralmente aceptable, sin que haya un perdedor, sugiriendo estos autores que debe aplicarse en aquellos casos en que no es posible llegar a una decisión justa, un procedimiento equitativo para resolver los intereses en conflicto, o decidir respecto de una opción, en donde la solución del conflicto no dependa exclusivamente de la voluntad de las partes.

En esta etapa es importante mantener algún tipo de igualdad en la comunicación, así como motivar a las partes para la toma de decisiones, reafirmando que los participantes son quienes deben elegir las opciones puesto que son los que vivirán con ella.

Es frecuente que los participantes pidan el consejo del mediador respecto a las opciones que debe elegir, el mediador no debe tomar decisiones por los participantes, pero si les puede recordar cuales son los datos sociológicos, legales y estadísticos, o los patrones relacionados con cada opción.

El mediador no debe convertirse de pronto en un árbitro, a menos que los participantes hayan exteriorizado en forma específica que dicho papel es aceptable, asentándolo así en su declaración preliminar.

El mediador estará facultado para dirigir las negociaciones, con propuestas e información que obtuvo en el Caucus, y siempre deberá de cuidar que se presenten en una negociación los siguientes elementos:

1. Que la negociación se enmarque en los puntos reales del conflicto.

⁹⁶ FOLBERG Jay, TAYLOR Alison, *op cit.*, p. 711

2. Que las partes estén deseosas de confrontar cualquier punto nuevo que haya surgido durante la mediación, y que son suficientemente importantes que deberán de ser atendidos antes de que se llegue a un acuerdo.
3. Que las negociaciones no se dirijan a un acuerdo que no puede surtir sus efectos, es decir, si el acuerdo se incumpliera posteriormente, o bien si se está negociando algo que no es legal o algo por lo que las partes no están facultadas a negociar (llegar a un acuerdo sobre la venta de un bien, sin tener poder de dominio sobre él).

Es importante señalar que si el acuerdo que se está discutiendo por los participantes es en alguna manera injusta o no apegado a Derecho, el mediador puede intervenir y disuadir a las partes de llegar en estos términos a un acuerdo, esto se puede observar en mediación en materia de divorcio, en donde una de las partes puede llegar a tener un conocimiento financiero mayor que el de la otra parte, o bien en mediación en donde estén relacionados niños. Por ejemplo en el Estado de California en los Estados Unidos de Norte América por ley se requiere que los padres divorciantes que traten de establecer acuerdos sobre la custodia y visita del menor por mediación requiere que el mediador intervenga en aquellos casos que se oponga a los intereses del menor, facultando al mediador para darle vista a un juez sobre la posibilidad de un peligro o daño al menor⁹⁷

En esta etapa de la negociación se pueden tomar espacios en los cuales los participantes consulten a terceros sobre ciertos temas, como pueden ser implicaciones fiscales, laborales, financieras, corporativas, etc. Aquí los participantes deberán de tomar las opiniones de sus expertos, solo en lo relativo a su área y no dejando que influyan en otros aspectos ya discutidos y observados dentro del proceso de mediación.

Esta etapa es el momento en el que los participantes examinan la realidad y las consecuencias que podrían desatarse de llegar a un acuerdo en los términos negociados, por lo que la tarea del mediador consiste en replantear la pregunta ¿cuál es la opción que se ajusta mejor a las necesidades generales?, para así impulsar a los participantes para que cambien, de una negociación competitiva a una postura de cooperación en la solución del problema.

2.15.6 Toma de decisiones y redacción de un acuerdo

Casi todos los participantes deben elegir una opción durante la etapa anterior, por lo que la función de esta etapa es producir un documento que señale claramente las intenciones de los participantes y su conducta futura.

⁹⁷ Uniform Standards of Practice for Court Connected Child Custody Mediation for the State of California (c)(2)

Una vez llegado el punto en donde se ha tomado un acuerdo, el mediador hace expreso el hecho de que se ha llegado a un acuerdo, entonces se revisan los términos con los participantes, y generalmente las partes redactan y firman un acuerdo.

La terminación de la mediación se da cuando las partes dan su confirmación afirmativa sobre el propuesto acuerdo. Es aquí en donde se deberá procurar agilizar el proceso, ya que cada una de los participantes ya conocen los elementos del conflicto, las propuestas y el cómo solucionarlo. El mediador se presentara al haber las primeras señales de acuerdo, y detendrá la negociación y revisará conjuntamente con las partes los términos en que se da el acuerdo, dejando claro los términos y la intención de las partes de cumplirlas.

Antes de que continúe el proceso las partes deberán evaluar concienzudamente si están satisfechas con el acuerdo, y si lo están pasaran a firmarlo.

La función de esta etapa es producir un documento que señale claramente las intenciones de los participantes, sus decisiones, y su conducta futura. Esto debe redactarse de una forma en que los participantes puedan leer con facilidad y revisar posteriormente cuando los problemas resurjan, por lo que la redacción debe ser concisa, evitando ser completa y en un lenguaje que los participantes entiendan, así como en un formato claro.

Los participantes al momento de redactar el acuerdo deberán entender que se trata de un documento de trabajo que puede modificarse posteriormente con la revisión legal o con las enmiendas que se realicen más tarde, ajustándose a la realidad del momento.

El mediador debe ser la persona encargada de registrar y reflejar con precisión las decisiones alcanzadas, los participantes ya sea de manera individual o conjunta, pueden tener la necesidad de redactar su propia versión de una opción y posteriormente entregarla al mediador para que incluya en el plan de la mediación.

El plan de mediación debe incluir no sólo algunas medidas acordadas mutuamente, para revisión legal y avance del proceso, sino también una declaración que se refiera a las políticas de revisión y los procedimientos que serán posibles aplicar cuando los cambios que se presenten requieran una nueva redacción del convenio.

Para el mediador es difícil resistirse al impulso de alcanzar la conclusión, pero esto es lo que tiene que hacer precisamente. Los mediadores no deben asumir la responsabilidad de elaborar la síntesis final que cada participante pueda aceptar.

Son muchos los participantes que sienten alivio en esta etapa y que necesitan tener la seguridad de que el proceso al que han estado sometidos les ha ayudado a elaborar un documento preciso y verdadero al máximo. Ellos, o sus abogados deben hacer algunos ajustes de redacción, estar preparados para realizar de inmediato una segunda revisión del documento, o bien ocuparse de que el convenio propuesto esté mecanografiado nuevamente y listo para firma, uno o dos días después de la sesión en que se discutirá su contenido.

Deben distribuirse copias del plan propuesto a los participantes, para que los estudien y revisen otras personas antes de pasar a la siguiente sesión, y debe ser necesario lograr que los participantes expresen claramente lo que tienen que objetar a la redacción, ya que representa un gran esfuerzo que requiere habilidades notables de reflexión, síntesis, preguntas abiertas.

Una vez realizado lo anterior, la firma del documento reflejara los acuerdos alcanzados y el plan para el futuro, que es en sí un símbolo de cooperación y ciente.

Cuando el plan definido por la mediación tiene la firma de ambos participantes, puede convertirse en un contrato, sujeto a un cumplimiento ante los tribunales. Aunque cada documento debe reflejar una redacción única según la situación y la postura de los participantes.

Es aquí en donde es recomendable que se ponga por escrito el acuerdo, ya que es esencial sobre todo si es un acuerdo sobre un asunto complicado, ya que clarifica las decisiones, intenciones y comportamiento futuro de las partes, otorga una prueba del acuerdo, expone elementos que pudieran haber sido olvidados y comina a las partes a cumplir el acuerdo.

En algunos casos de mediación sobre conflictos interpersonales o cuestiones de muy poca cuantía es posible que el mediador elabore el escrito y lo entregue a las partes para que lo firmen, y se dé por terminada la mediación; Pero en los conflictos que involucraron grandes cantidades de dinero, o bien intereses muy valiosos, las partes podrán solicitar que el acuerdo sea examinado por sus abogados o especialistas.

Es frecuente que el plan trazado por la mediación deba ser revisado ante superiores, comités, consejos de administración, ejecutivos u otras autoridades para su ratificación final. En estos casos el mediador determina a quien se le debe notificar, y sugiere una forma pertinente de presentar el plan de mediación a dichas personas, ya que no es recomendable que los representantes asistan a las sesiones de mediación. Es conveniente informar a los participantes tan pronto como sea posible cuales son los mecanismos necesarios para obtener una ratificación, sobre todo cuando estos no cuentan con la facultad para firmar convenios. Esta restricción debe quedar clara durante la reunión, y mencionarse al deliberar sobre las opciones. También es necesario que el plan escrito contenga los pormenores sobre el proceso o la ratificación legal.

Los planes trazados por la mediación pueden ser un desperdicio de dinero y tiempo si no están apoyados en políticas y actitudes institucionales, o cuando los participantes no fueron quienes tomaron las decisiones, o quienes representan las facciones en conflicto.

La forma de evitar lo anterior, es notificar al presidente, al director u otros dirigentes de la institución sobre las intenciones de los participantes de someter ciertos aspectos a mediación, y solicitarles una declaración escrita en lo que concierne a los procesos de ratificación que deben usarse y a las facultades que deben tener los participantes. Bastara que las partes cuenten con un poder para pleitos y cobranzas, pero es más conveniente que las partes cuenten con facultades para poder obligarse o en un caso dado, a un ejercer un acto de dominio, ya que con lo maleable que es la mediación se podría dar una extensión de lo pactado en un contrato y será necesario que el participante cuente con las facultades para obligar a su representante.

Es necesario en el punto inicial de la mediación que el mediador cuente con todos los medios e informaciones necesarias para poder afirmar que los participantes cuenten con facultades, así como deberá estar al tanto de las políticas institucionales de cada empresa sobre la mediación, esto lo debe resolver mediante una investigación exhaustiva antes de comenzar la mediación.

1.15.7 Revisión y proceso legal

Una vez alcanzado el acuerdo, la revisión y proceso legal, es necesaria; esta etapa de revisión, así como la de ejecución, son dos etapas condicionadas a fuerzas externas del proceso de mediación; en estas etapas, el poder y el control, así como la responsabilidad dejan de estar en las manos de los participantes y del mediador.

Es recomendable la revisión legal en el área de la mediación de conflictos laborales y familiares, ya que en estas relaciones puede haber mayores desigualdades, como puede ser que una parte cuente con mayor preparación o conocimiento que la otra, o bien puede haber intereses sociales que proteger, como puede ser el caso de menores.

La revisión y el proceso legal sirven como guardianes de las etapas anteriores, ya que al someterse los acuerdos a procesos socialmente aceptados, que verifican y legitiman lo que se ha acordado, las partes son conducidas a la percepción de cierre y de compromiso; proporcionando a los participantes la oportunidad de obtener información útil de otras personas calificadas para juzgar la extensión y factibilidad del acuerdo.

Es necesario remarcar que en los Estados Unidos, los casos de mediación que se refieren a divorcio o custodia de menores deben procesarse a través de tribunales, y someterse a la aprobación legal de un juez.

En esta etapa de revisión legal, hay que distinguir, si es una mediación privada o si es una mediación referida por un juzgado; en la primera, se debe de realizar en escrito público, con lo que así le da la oportunidad de poder ser ejecutado en la vía de apremio, y en el segundo caso la revisión se dará por el juez que derivó la mediación.

Por otro lado, otros autores añaden una última etapa al proceso de mediación, la etapa de puesta en práctica, análisis y revisión, por la cual los participantes de la mediación hacen el intento de poner en práctica los términos del convenio obtenido.

Esta última etapa se da fuera de los límites en los que ocurre la mediación y no requiere la intervención activa del mediador. Aunque esta etapa no parece coincidir con las demás en cuanto a que realmente depende de los participantes, el mediador de hecho mantiene un papel dinámico que, por otro parte es indirecto en muchos tipos de desavenencias, como en aquellas situaciones en donde las relaciones deben continuar después de la resolución de la desavenencia.

Los mediadores deben estar disponibles para intervenir en la primera dificultad durante la fase de puesta en práctica, con el fin de restaurarla, o de referir a los participantes a alguien que pueda proporcionarles ayuda continua respecto de sus conflictos intrapersonales, ocultos, no resueltos.

El seguimiento rutinario a intervalos específicos, por iniciativa del mediador, puede ser positivo para disipar cualquier indicio de descontento y proporcionar un esfuerzo positivo. En consecuencia, el seguimiento constituye un proceso que genera retroalimentación de los participantes en ciertos intervalos durante la etapa de la puesta en práctica.

2.16 El acuerdo de Mediación

Asumiendo que las partes llegaron a un acuerdo, total o parcial, es necesario ponerlo por escrito por las siguientes razones:

Crea un récord permanente, es decir las partes con el tiempo podrán recordar en forma distinta los términos del acuerdo de mediación, lo que no sucede con un acuerdo por escrito, ya que se tiene una prueba de lo acordado. Cualquiera que haya realizado un contrato conoce como puede ser recordado de una forma errónea los términos en los que se obligo, por lo que al estar por escrito genera una vía de reconocimiento de los términos en los que se llevo a un acuerdo.

Expone asuntos que pudieron ser considerados como ya vistos, es decir descubre asuntos o detalles que pudieron ser considerados o pasados de por medio durante la sesión de mediación, por ejemplo si un socio acuerda en comprar al otro una acción del negocio en seis pagos, se pudo haber dejado sin tocar en la mediación los intereses, los intereses en caso de mora, lo que quedara salvado en el momento de la revisión legal y la puesta por escrito del acuerdo de mediación.

Conmina a las partes a cumplir, es decir cuando un acuerdo de mediación esta por escrito y firmado en la presencia del mediador, las partes se sienten más comprometidas a cumplir con lo que se acordó.

Permite que el acuerdo sea ejecutable. Esto quiere decir que si el acuerdo de mediación no se puede hacerse efectivo, se puede llegar a ejecutarlo legalmente por vía ordinaria o en ciertos casos por la vía de apremio en materia civil y en materia mercantil vía ordinaria o ejecutiva, ya que al hacerlo por escrito se convierte en un contrato de transacción, el cual podrá pedirse su cumplimiento por un tribunal.

En otro orden de ideas, el acuerdo de mediación al ponerlo por escrito sirve como un medio de prueba, ya que de lo contrario en el supuesto que las partes no cumplieran lo acordado y no se estipulara por escrito, es difícil que en un juicio el mediador testifique, debido a la cláusula de confidencialidad que pudo haber firmado al iniciar la mediación.

En un principio será el mediador quien deberá redactar el acuerdo, en términos claros que no desnaturalicen los términos originales, ni frustren la expectativa de las partes, teniendo estas una participación activa, y una vez concluido deberá ser firmado inmediatamente y en su caso enviado al tribunal de la causa para ser ratificado.

Cabe destacar que de la claridad del convenio, dependerá en mucho su cumplimiento ya que cuantos más cabos sueltos se dejen menos probabilidades habrá de que el acuerdo perdure.

Se pueden recomendar nueve puntos para una mejor redacción de un acuerdo de mediación⁹⁸, los cuales son:

Primero.- Se debe redactar el acuerdo en un lenguaje claro, en donde los legalismos deberán de ser reducidos a un mínimo.

Segundo.- En la redacción siempre se deberá utilizar los nombres completos de los participantes o bien su razón o denominación social completa en el caso de que sean personas sociales, en vez del término partes o de otra palabra técnica como puede ser el demandante o la parte actora, con lo que se da un realismo al acuerdo, siendo más fácil de leer y de entender para los participantes.

Tercero.- Se debe especificar precisamente las fechas así como los momentos en que deberán de ocurrir lo pactado

Cuarto.- Se debe responder al Quién, Cómo, Qué, Cuándo, Por qué, y Dónde de los aspectos importantes del conflicto objeto de la mediación, delimitando así el cumplimiento del mismo.

⁹⁸ LOVENHEIM Peter, op cit, p. 8. 18

Quinto.- Generalmente los acuerdos de mediación estipularán ciertas acciones que deben de realizar los participantes, y en virtud de esto y para que el acuerdo sea entendible, se recomienda el estipular cada una de las acciones antes mencionadas por separado, en un párrafo numerado.

Sexto.- El acuerdo deberá establecer claramente en los casos de pago la cantidad, quien hará el pago a quien, la fecha, en que forma. En el supuesto de que más de una forma de pago se realice, es útil establecer las consecuencias de falta de una de ellas, estipulando si habrá intereses moratorios, penas convencionales, etc.

Séptimo.- No se deberán involucrar a terceros en cuanto al pago, ya que es muy frecuente en los casos de mediación el que una de las partes no desee tener un contacto personal con la otra, por lo que un tercero es designado para realizar el pago. Esto lo único que puede causar es que se retrase el pago, por un lado, y por el otro si el pago no es realizado por el tercero pagador, esta situación es difícil de hacerla exigible en juicio.

Ahora bien, si hay demasiada animosidad entre las partes y se piensa que una de ellas no cumplirá con lo estipulado, entonces lo que se puede hacer es que pague al mediador o centro de mediación, quedando este último obligado a recibir los fondos y pagar por la misma cantidad.

Octavo.- En la redacción se debe omitir el uso de palabras o referencias a culpa de culpabilidad, falta o negligencia de alguno de los participantes. Eso constituye una de las grandes ventajas de la mediación sobre otros procedimientos como el arbitraje o el juicio ante tribunales, ya que no solo se evita el hecho de establecer culpables, sino que permite que una relación entre las partes perdure.

Sin embargo, es correcto el incluir una disculpa en el acuerdo ya que esto puede propiciar entre la parte afectada un sentido de resarcimiento.

Noveno.- Es importante estipular una cláusula de Remediación, en donde las partes se obligan a regresar a la mediación si surgen dudas sobre la interpretación, o el cumplimiento del acuerdo, bien si surgen nuevos elementos. Debiendo señalar claramente quien proveerá los servicios de mediación, la duración del proceso, y la forma de repartirse los costos del nuevo servicio.

Se puede incluir en esta cláusula que si el conflicto no se resuelve por mediación o por una futura remediación, las partes acudirán al arbitraje, en lo que sería un proceso de dos etapas; primero la mediación, si fracasa el arbitraje. Es importante establecer esto en un acuerdo de mediación ya que por medio de un arbitraje obligatorio, las partes de uno forma u otra resolverán su controversia de una manera rápida, y privada; la desventaja de ir a un arbitraje es que las partes terminaran con un laudo donde se puede observar una posición de Ganador- Perdedor, a la vez que en la mediación siempre existen dos ganadores.

La experiencia demuestra que la mayoría de los acuerdos de mediación son voluntariamente cumplidos por los participantes que lo firmaron, "esto se demuestra mediante estudios que reflejan que las personas están más determinadas a cumplir los términos de un acuerdo de mediación que aquellas sentencias emitidas por un juez"⁹⁹, lo anterior muestra el interés de las partes de cumplir una obligación que ellas mismas se impusieron y realizaron en la presencia de un mediador.

No obstante lo anterior, puede ser que las partes se sientan más cómodas y protegidas si se estipulan los términos del acuerdo de mediación en la forma que este sea exigible en un juicio, por lo que, si una de las partes no cumple, se tendrá la opción de acudir a los tribunales para hacerlo exigible o bien que una de las partes compense a la otra por incumplimiento. Por lo anterior es importante redactar el acuerdo de mediación de tal manera que sea posteriormente exigible legalmente, es decir deberá de contener los elementos esenciales para poderlo clasificar como un contrato.

Existen diferentes formas de hacer a un acuerdo de mediación exigible legalmente Si existe un litigio pendiente, se puede solicitar al juez un convenio judicial, en el que incluya los términos del acuerdo, o bien redactar el acuerdo como un contrato.

Ahora bien, es necesario distinguir entre una transacción procesal y una transacción entre particulares, ya que en la primera será realizada ante autoridad jurisdiccional, la cual la sancionara y le dará fuerza de sentencia, mientras que el contrato de transacción, que si bien tiene fuerza de cosa juzgada, es realizado entre las partes sin estar envueltas en un proceso judicial, siendo que ambos contratos pertenecen a la categoría de los contratos dirigidos a la definición de una controversia jurídica.¹⁰⁰

⁹⁹ LOVENHEIM Peter, op cit., p. 8. 21

¹⁰⁰ SANCHEZ Medal Ramón, op cit., p. 498

2.17. Convenio Judicial

La primera posibilidad de hacer exigible un acuerdo de mediación es si un juicio esta pendiente en el momento en que se llega a la mediación, esto es común si el conflicto es referido a la mediación desde un principio por el propio juez, o bien puede ocurrir también cuando una de las partes sugiere el acudir a la mediación.

Se puede pedir al juez un desistimiento por una de las partes, y después redactar un contrato de mediación, o bien se puede pedir al juez que apruebe el acuerdo y le de la fuerza de un convenio judicial, siendo este obligatorio para ambas partes y teniendo el peso de una sentencia judicial y en caso de incumplimiento se ejecuta judicialmente.

En este primer supuesto lo que realmente ocurre en nuestra legislación procesal es un convenio judicial, en donde las partes en litigio presentan ante el juez el acuerdo de mediación para dar concluido el proceso, esto se encuentra contemplado en el Código de Procedimientos Civiles en su artículo 533 en donde se establece que los convenios judiciales tienen fuerza de sentencia, siendo estos “substitutivos jurisdiccionales, pues tienden a concluir el proceso sin que el juez dicte sentencia”¹⁰¹

La transacción, referida en el convenio judicial “representa un alto interés social de pacificación en las relaciones jurídicas inciertas, lo que hace que en la práctica un gran número de litigios terminen o se eviten gracias a dicho contrato. A ello se deben las facultades expresamente concedidas al juez para exhortar a las partes, en cualquier momento y en toda clase de juicios a llegar a un avenimiento y terminar así la contienda judicial”¹⁰².

El convenio judicial lo denomina el tratadista Becerra Bautista en su libro el Proceso Civil en México como “una de las formas que puede revestir la transacción procesal”. En donde tenemos un convenio en el cual se deberán fijar las obligaciones, forma de cumplirlas, subsistencia de garantías, monto de lo debido etc.

¹⁰¹ BECERRA Bautista José, op cit., p. 18

¹⁰² SANCHEZ Medal Ramón, op cit, p. 507

El convenio judicial “surge como una conveniencia de eliminar, mediante una transacción los litigios ya iniciados”;¹⁰³ así podemos afirmar que esta necesidad de evitar litigios es reconocida por el Estado, por lo que se establece en el artículo 55 del Código de Procedimientos Civiles la facultad a funcionarios judiciales para que durante el procedimiento exhorten en todo tiempo a las partes a tener un advenimiento sobre el fondo de la controversia, resolviendo sus diferencias mediante convenio con el que pueda darse por terminado el litigio

Son estos convenios judiciales los llamados negocios jurídicos procesales, los cuales se constituyen, según Ugo Rocco, en declaraciones de voluntad dispositivas dictadas dentro de la órbita del proceso, comprendiendo aquellas declaraciones de voluntad encaminadas a la producción de un efecto jurídico procesal determinado, es decir al nacimiento, modificación o extinción de una relación jurídica procesal.

En cuanto a la forma y requisitos de existencia y validez de este convenio judicial, este deberá estar a lo dispuesto por la Autoridad Jurisdiccional ya que estos negocios jurídicos procesales, “son en si mismos un acto procesal y deben por lo tanto estar regulados por la ley adjetiva en cuanto a la forma, capacidad etc., siendo estos realizados frente el órgano jurisdiccional, el que influye en ellos, pues está de por medio el interés publico que domina todo el proceso”.¹⁰⁴

2.18 La Transacción

Por otra parte si la mediación se realiza en el ámbito privado, entonces se puede redactar el acuerdo de mediación como un contrato, en donde no existe un juicio pendiente.

Este acuerdo de mediación no es otra cosa que una transacción, el cual se define en el artículo 2944 del Código Civil como un contrato por el cual las partes, haciéndose reciprocas concesiones, terminando una controversia presente o previenen una futura.

En este sentido, cabe mencionar que la transacción es por lo general el instrumento jurídico aplicable a los diversos medios de resolución de controversia, en aquellos casos en que las partes llegan a un acuerdo durante el procedimiento.

¹⁰³ SANCHEZ Medal Ramón, op cit., p. 498

¹⁰⁴ BECERRA Bautista José, op cit. p 411

El propio autor Becerra Bautista, en su libro del Proceso Civil en México, enmarca a la transacción como un sustituto jurisdiccional y citando a Zanzuochi considera que si la transacción tiene lugar antes de que se instaure el proceso, es un verdadero y propio substitutivo jurisdiccional como es en este caso, si en cambio, tiene lugar cuando el proceso está en marcha. lite pendiente, es un modo de extinción del juicio.

Como establece el Autor Fernando Estavillo “mediante la transacción las partes dan forma a los términos y condiciones del acuerdo alcanzado, como instrumento que les proporciona certeza y seguridad jurídica respecto al cumplimiento subsecuente de los términos del acuerdo alcanzado mediante el mecanismo de resolución de controversias”¹⁰⁵, en este caso la mediación.

Según el diccionario de la lengua española la palabra transacción significa acción y efecto de transigir, trato, convenio negocio. A su vez, transigir lo define como “consentir en parte con lo que no se cree justo razonable o verdadero a fin de acabar con una diferencia. Ajustar algún punto dudoso o litigioso conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa”.¹⁰⁶

Ahora bien, ya analizados sus antecedentes se procede a analizar la naturaleza de la transacción y para esto podemos citar al autor Ruggiero quien establece que el supuesto de la transacción es la incertidumbre sobre determinada relación jurídica, siendo su propio objeto el dar fin a esa incertidumbre, “cuando en torno a una situación jurídica, las partes tienen incertidumbre, ya sea por que la relación se presenta dudosa o porque aun siendo cierta, a una de las partes le parezca incierta, puede ponerse fin al litigio iniciado (convenio judicial) o bien evitar juicios que en un futuro pudieran surgir, mediante un acuerdo de los interesados: merced a recíprocas concesiones, se imprime certidumbre a la relación dudosa, cesando el litigio ya iniciado o impidiendo los futuros”¹⁰⁷,

Así tenemos que los elementos esenciales de este contrato son:

- Una relación incierta
- Intensión de las partes de substituir esa situación dudosa por una cierta
- Recíprocas concesiones de las partes.

¹⁰⁵ ESTAVILLO Fernando C., op cit, p. 17

¹⁰⁶ Diccionario de la Lengua Española, Real academia Española XXI Edición Editorial Espasa Tomo II, Madrid 1992, pp 2008-2010.

¹⁰⁷ BECERRA Bautista José, op cit. p. 413

Por lo que toca a los elementos personales de este contrato diremos que:

Las partes para celebrar este contrato requieren la capacidad general para contratar, y de la legitimación o poder de disposición sobre la cosa o derecho materia de la transacción, razón por la cual es recomendable que los participantes dentro de una mediación cuenten con esta última, ya que de lo contrario no podrían comprometerse en el momento de llegar al acuerdo de mediación.

En este orden de ideas, podemos afirmar que por regla general toda persona hábil para contratar puede celebrar este contrato, ya que en la mayoría de los casos la transacción solo tiene efectos declarativos o extintivos de obligaciones, pero si la transacción exige la transmisión de derechos o cosas, por efecto mismo de este contrato, entonces si se necesitará tener una capacidad especial de disposición respecto de estos bienes.

En cuanto a la representación en este contrato, es claro como el propio artículo 2946 del Código Civil dispone sobre la capacidad de las partes, determinando que “los ascendientes y los tutores no pueden transigir en nombre de las personas que tienen bajo su potestad, a no ser que la transacción sea necesario o útil para los intereses de los incapacitados y previa autorización judicial”, el legislador aquí reproduce lo que implícitamente se regula en el artículo 436 de dicho Código, respecto de los que ejercen la patria potestad y lo que expresamente se dice en los artículos 537 Fracción VI y 568 del ordenamiento citado respecto de los tutores, observándose de lo anterior que los representantes legales no pueden transigir.

En cuanto a la representación voluntaria en el propio artículo 2587 y en el 2554 se establece que el mandatario general para pleitos y cobranzas tiene facultad para transigir por que la facultad de transigir es de aquellas que requieren cláusula especial, y en los poderes generales basta decir que se otorga sin limitación alguna o con todas las facultades especiales, para que se comprendan conferidas sin limitación alguna.

Por lo que hace a los elementos formales estableceremos lo siguiente:

Por lo general es un contrato formal, el propio artículo 2945 del Código Civil es el que se ocupa de este requisito estableciendo que “si la transacción que previene controversias futuras, debe constar por escrito si el interés pasa de doscientos pesos”, esto lo establece el legislador con la finalidad de que al hacer por escrito el contrato, las partes podrán tener elementos de prueba sobre el alcance y contenido del mismo, sustituyendo la contienda por una situación de certidumbre y de firmeza, ya que si existe una serie de vaguedades en relación con el contrato, este no tendría finalidad de existir ya que no podría poner fin a una disputa.

La anterior formalidad se explica claramente al observar la naturaleza de la transacción, la cual siempre es compleja, debido a que es el resultado de una serie de pactos y estipulaciones especiales para cada caso, no siendo lo mismo en cualquier otro contrato, por ejemplo, el de compraventa sobre bienes muebles, en donde la ley no requiere una formalidad especial, ya que este contrato puede probarse de cualquier forma, porque siempre produce el mismo efecto que es el de transmitir la propiedad de un cosa por un precio cierto y en dinero; por lo que, si se pretende probar por testigos, estos solamente tendrán que dar su testimonio en cuanto a si las partes celebraron o no el contrato, siendo esto suficiente para comprobar si se celebró y que produzca así su único efecto, lo que no podría suceder con la transacción, ya que el testimonio de que se celebró, no produce los efectos su generis que se pactaron, ya que son diversos los efectos que puede producir un contrato de transacción.

En cuanto a sus elementos reales diremos que:

El objeto de la transacción es una relación jurídica incierta “res Dubia”, esto significa la existencia de una relación jurídica incierta, ¹⁰⁸ esta incertidumbre puede ser subjetiva u objetiva, como en el caso del derecho alemán, en el cual no es necesaria la incertidumbre subjetiva, sino que puede tratarse de una incertidumbre objetiva, como acontece con un derecho sujeto a condición que puede ser transigido para eliminar la incertidumbre propia de estas obligaciones

Existen limitaciones en cuanto a las materias sobre las que se pueden transigir, siendo esto un elemento muy importante al momento de determinar si el conflicto que se presenta es viable de ser transigido.

¹⁰⁸ SANCHEZ Medal Ramón, op cit. p. 201

Primeramente es necesario que los derechos relacionados con la controversia o relación jurídica en conflicto sean derechos que estén en el comercio, siguiendo este principio, se establece claramente el artículo 2948 que señala que “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio”, los antecedentes de este principio se pueden analizar desde las Siete Partidas, las que establecían que “contienda o Pleito que naciese sobre casamiento de algunos, no se podría meter en manos de abenidores”¹⁰⁹. La razón de lo anterior es que el estado civil de las personas es de orden público, ni la capacidad de aquellas, no el alcance de éste, pueden quedar al arbitrio de un particular. Por esta misma razón el matrimonio al ser una institución de orden público no puede sujetarse a un compromiso de mutuas concesiones.

Ahora bien, en cuanto a los efectos de la transacción, si esta es judicial cobrara fuerza de ejecutividad y puede procederse por la vía de apremio por la ejecución de la misma transacción, de igual manera que si se tratara de una sentencia firme elevada a la categoría de cosa juzgada.

Por otro lado, en cuanto a que la transacción tiene respecto de las partes la misma eficacia y autoridad de cosa juzgada, señala Planiol que el legislador en dicho artículo esta asimilando el contrato de transacción a la sentencia por el efecto que tiene de terminar una controversia sin ulterior recurso, pero esta asimilación es falsa pues la sentencia es un acto procesal.

Sobre este aspecto diremos que existe cosa juzgada cuando entre un caso y otro hay una similitud unívoca, es decir cuando se trata de las mismas personas, de la misma causa y de los mismos motivos.

En realidad el contrato de transacción produce en beneficio de los contratantes una excepción perentoria, es decir si se demandase nuevamente, podría interponerse la excepción de transacción, que tiene con la excepción de cosa juzgada una analogía.

Por lo mismo, la excepción de transacción no procederá sino entre las mismas partes o sus sucesores y tendría que referirse a la misma cosa e invocarse por las mismas causas.

El legislador al dar a la transacción la eficacia y autoridad de cosa juzgada le está dando el alcance que tiene cualquier contrato pues los contratos obligan a lo expresamente estipulado.

¹⁰⁹ Siete Partidas, Partida III Título IV ley XXIV

Por esta razón no puede en estricto derecho asimilarse a la sentencia, pues ésta es un acto de orden público y la transacción como cualquier contrato puede anularse si de ella se desprendiese una causa de anulabilidad o rescindirse si hubiese incumplimiento.

Sobre este particular el Autor Fernando Estavillo se pronuncia diciendo, que la transacción tiene la validez de la cosa juzgada si se celebra con las debidas formalidades señaladas por el Artículo 2952 del Código Civil, mas esto no significa que sea válida sobre un asunto que haya sido decidido por sentencia irrevocable, con lo anterior se quiere decir que la transacción equivale a un contrato ya que obliga a las partes sobre lo estipulado en la misma”¹¹⁰

Por otro lado, existen distintos puntos de vista en cuanto si la transacción tiene efectos traslativos o si su eficacia jurídica es meramente declarativa, sobre este particular el autor Sánchez Medel señala que la transacción pura o particional es meramente declarativa, o sea cuando las partes no hacen intervenir una cosa extraña o ajena a la controversia que se termina, en tanto que la transacción compleja, tiene efectos traslativos, esto es cuando en virtud de ella una de las partes enajena a la otra determinada cosa que no era objeto de la disputa.

Debido a esta diferencia de efectos, la transacción pura o particional no da lugar a la evicción, ni sirve tampoco de título para fundamentar una prescripción positiva, en tanto que en la transacción compleja, cabe la posibilidad de la evicción y puede invocarse como título para el inicio de la usucapión.

Asimismo, la transacción engendra en todo caso a cargo de las partes la obligación fundamental de reconocer el derecho o de atenerse a la renuncia que se ha hecho por virtud de la misma transacción.

En sí mismo la transacción implica tener como indiscutible e incontrovertible el derecho que ha reconocido o la renuncia que se ha hecho, y conceder a las partes recíprocamente la excepción de transacción “*exceptio litis per transactionem finalis*”, que es un equivalente a la cosa juzgada, si se plantea en alguna otra ocasión la controversia entre las partes.

¹¹⁰ ESTAVILLO Fernando C., op cit, p.16

Ahora bien, en los casos de la transacción compleja, por virtud de la cual una de las partes da a la otra alguna cosa que no era objeto de la disputa, se generan las obligaciones de todo contrato oneroso traslativo de propiedad, es decir nace la obligación antes mencionada acompañada de la garantía con respecto a esa cosa, deber de garantizar contra el hecho personal, deber de garantizar el saneamiento para el caso de evicción, y deber de responder por los vicios ocultos.

La transacción como la mayoría de los contratos, llega a su fin de conformidad con los modos generales de terminación de los mismos, pero son dos modos de terminación que resaltan, la rescisión y la nulidad.

La rescisión opera por incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, incluyendo este incumplimiento el hecho de que una de ellas vuelva a suscitar indebidamente la controversia judicial ya liquidada por la transacción, puesto que este incumplimiento da derecho a la otra parte a pedir el cumplimiento de lo convenido en la transacción, alegando la excepción de "*exceptio litis per transactionem finitae*" o bien solicitar la rescisión de la transacción por tal incumplimiento consistente en el indebido replantamiento de la controversia judicial ya transigida.

Otro modo de terminación que resalta en este contrato es el de la nulidad, la cual no puede fundarse en error de Derecho, pues las diferentes y encontradas apreciaciones de las partes respecto de la relación jurídica son inciertas, elemento constitutivo de este contrato.

La nulidad de la transacción puede fundarse generalmente en la inexistencia de la relación jurídica incierta, o sea la "*res dubia*", por la que las partes ignoran que ya se dictó sentencia firme que resolvió dicha cuestión; o bien el error sobre la base firme de la transacción, esto es el "*caput non controversum*", el que consiste en la situación o hecho que las dos partes tomaron como ciertos, constituyendo estas situaciones o hechos en los puntos fundamentales para celebrar el contrato de transacción, "un ejemplo de esto es que las partes celebren una transacción con fundamento en unos documentos que después han resultado falsos por sentencia judicial o cuando de mala fe se han ocultado o soslayado por una de las partes otros títulos o documentos que posteriormente se descubren.

En este orden de ideas cuando se promueve la nulidad o rescisión de la transacción, el demandante debe asegurar previamente a la otra parte la devolución de lo que aquella hubiere recibido por virtud de dicha transacción, requisito procesal para que no se exige para intentar la nulidad en otro contrato.

2.19 Supuesto en el que la mediación no llega a un acuerdo.

Ahora bien, si la mediación no llega a su fin esperado que es el acuerdo, existen vías a las cuales acudir antes de entablar un juicio: i) se puede pedir una remediación, ii) se puede pedir al mediador una recomendación por escrito, iii) se puede pedir que el mediador regrese la disputa al juez que la refirió, en el caso de que sea una mediación referida.

En el primero de los casos, si la sesión terminó sin llegar a un acuerdo, se puede sugerir al mediador y a la otra parte que se fije otra fecha para una nueva mediación, con lo que se logra que con un espacio de tiempo, las posiciones o circunstancias puedan haber cambiado, con lo cual se posibilita a las partes a llegar a un acuerdo. Ahora bien si es sentimiento común el de las partes de no poder llegar a un acuerdo, es decir hay impedimentos insalvables, entonces se debe pasar a otro medio de solución.

En el segundo caso se puede pedir al mediador que realice una recomendación por escrito de cómo se debería haber resuelto la disputa, y si la otra parte está de acuerdo, el mediador deberá hacerlo. Esta recomendación no es obligatoria para las partes, por lo que el mediador en este caso solamente estará sugiriendo como se debió haber solucionado el caso y dependerá de las partes el aceptarlo o rechazarlo. La desventaja de que el mediador pronuncie su decisión es que no podrá ser utilizado en una sesión posterior, toda vez que ya no es neutral.

En el otro supuesto se puede pedir al mediador que regrese la disputa al juez que originalmente derivó en donde el juez conocerá ya del asunto.

Ahora bien, si el acuerdo de mediación no se concretiza, y no se puede entablar una segunda mediación es recomendable pasar al arbitraje antes de ir a un procedimiento ordinario, toda vez que el arbitraje participa de las ventajas de los medios alternativos y tiene elementos adversariales que son recomendables en estas situaciones.

2.19 Ejecución del Convenio alcanzado.

Una vez alcanzado el acuerdo de mediación, las partes deberán sujetarse a éste, y darle cumplimiento. Es muy común que las partes cumplan el acuerdo voluntariamente, teniendo un grado de cumplimiento mayor que el alcanzado por una sentencia.

Ahora bien, si alguna de las partes no cumple con lo estipulado se debe acudir al mediador para que este persuada a la parte que no quiere cumplir con lo acordado.

El ir ante la autoridad judicial debe ser visto como el último recurso para tratar de obtener el cumplimiento, ya que sería entrar en el sistema adversarial que tanto se trato de evitar.

Sin embargo, si la otra parte esta renuente e ignora los esfuerzos del mediador entonces no se tendrá ninguna otra posibilidad mas que acudir ante un juez.

En este caso, cabe hacer la distinción en cuanto al contenido del acuerdo de mediación, si de este se da un simple allanamiento o bien un desistimiento, solamente podrá ser ejecutable como un contrato innominado, en la vía ordinaria, por falta de cumplimiento.

Por otra parte, si en el acuerdo de mediación se llegó a una concesión recíproca entre las partes para prevenir una controversia, es decir una transacción, esta puede ser ejecutada por la vía de apremio o por la vía ejecutiva si se plasmó en un documento público, si es un documento privado entonces sería por la vía ordinaria.

El acuerdo de mediación tiene la validez de la cosa juzgada si se celebra con las debidas formalidades antes citadas, mas esto no quiere decir que se equipare con la naturaleza de una sentencia.

Si bien es cierto que la transacción es obligatoria para las partes y puede ser exigido su cumplimiento, varía el grado de agilidad que puede tener en lo que se refiere a su ejecución, ya que si el acuerdo de mediación se celebra en forma privada y posteriormente surge el incumplimiento a lo pactado por parte de alguno de los contratantes es necesario acudir a un tribunal para exigir el cumplimiento del convenio.

El procedimiento de ejecución de un convenio privado de transacción podría llegar a tener todos los inconvenientes de cualquier juicio por incumplimiento de contrato, en virtud de que en el fondo se generaría un juicio ordinario por el incumplimiento de los términos del convenio de transacción.

Si la transacción se celebra mediante escritura pública, la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el convenio de transacción debe ser mucho más ágil y sencilla, pues dicho documento tiene la fuerza de cosa juzgada y, por tanto, el juez debe limitarse a ordenar su ejecución absteniéndose de prejuzgar sobre los términos del convenio.

Lo mismo ocurre si se opta por la vía ejecutiva cuando se tiene el convenio de mediación en escritura pública.

Independientemente de todo lo anterior, cabe mencionar que en la práctica procesal el concepto de transacción como cosa juzgada ha dado lugar a controversias ante los tribunales judiciales, en virtud de que algunos jueces han llegado a considerar que únicamente la transacción judicial, tiene carácter de cosa juzgada.

Lo anterior considero que es una interpretación errónea ya que el propio Código Civil le otorga la característica de cosa juzgada y de otra manera no se tendría como un equivalente jurisdiccional, ya que de todas formas para su cumplimiento se debería acudir a juicio. Lo que es contrario con la propia naturaleza de la transacción.

En este sentido García Goyena, establece que la transacción tiene por objeto el componer diferencias y pleitos presentes o venideros. Es en cierto modo una sentencia pronunciada por las mismas partes y cuando ellas se han hecho justicia, no deben ser admitidas a quejarse de sí mismas, de otro modo la transacción vendría a ser un nuevo manantial de pleitos. Esta firmeza e irrevocabilidad es lo que coloca a las transacciones entre los contratos más útiles a la paz de las familias y de la sociedad entera¹¹¹.

En este sentido, también se ha establecido el criterio en donde dos partes al celebrar una transacción extrajudicial mediante documento privado con el objeto de evitar un litigio, ante el incumplimiento de una de las partes, la otra exigió el cumplimiento de la transacción en la vía de apremio, como si se tratara de una sentencia o de un convenio judicial. Tanto el juez de primera instancia así como el Tribunal Colegiado no admitieron la ejecución por vía de apremio argumentando que para que proceda esta vía es necesario que a transacción se celebrara mediante un documento público.

¹¹¹ GARCIA Goyena, Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español, México 1881 Tomo IV p.3

La citada tesis se dictó así:

TRANSACCIÓN. CONVENIO PRIVADO DE IMPORCEDENCIA DE SU EJECUCIÓN EN LA VÍA DE APREMIO.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 500 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que regula la ejecución de sentencias en la vía de apremio, ésta procede a instancia de parte, únicamente cuando se trate de la ejecución de una sentencia o de un convenio celebrado en juicio, así como respecto de la ejecución de convenios celebrados ante la Procuraduría Federal del Consumidor y de los laudos que emita; y el párrafo final del artículo 501 del mismo ordenamiento legal precisa que la ejecución de los convenios celebrados en juicio la hará el juez del conocimiento, siempre y cuando conste en escritura pública o judicialmente en autos. En consecuencia, para que proceda la vía de apremio en la ejecución de un convenio privado celebrado en forma particular, sin que interviniera ninguna autoridad de las citadas o en escritura pública, no puede obligarse a la parte que no lo haya cumplido a acatarlo en la vía de apremio, ya que ese contrato privado no tiene el carácter o alcance de sentencia ejecutoria o que traiga aparejada ejecución.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 172293 Inmobiliaria Cuernavaca, S.A. 29 de octubre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente Victor Manuel Islas Domínguez. Secretaria: María del Carmen León Hererías.

De lo anterior se desprende que se debe interpretar como implícito en la resolución antes citada el criterio de que es procedente la vía de apremio para la ejecución de un convenio de transacción celebrado mediante escritura pública aún cuando se trate de una transacción extrajudicial, lo que eliminaría los problemas de ejecución que con frecuencia encontrarían dichos convenios de mediación donde la transacción realizada extrajudicialmente en caso de incumplimiento, no podría obtener la ejecución de la resolución con la misma celeridad con que debiera obtener la ejecución de un laudo arbitral o de un convenio de transacción judicial.

En relación con lo anterior, es importante comentar la contradicción de criterios que existe hoy día en nuestros tribunales en cuanto a la utilización de la vía de apremio para la ejecución de un convenio privado de transacción, como se puede desprender de la comparación entre la tesis antes citada y el texto siguiente:

TRANSACCIÓN, CONTRATOS DE, CELEBRADOS EN FORMA JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL. TIENEN CALIDAD DE COSA JUZGADA Y ES PROCEDENTE SU EJECUCION EN LA VÍA DE APREMIO.

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 500 y 533 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la Sección Primera del Capítulo V, del Título séptimo de ese ordenamiento, que regula la procedencia de la vía de apremio, contrariamente a la aducido por el juez de Distrito, si es aplicable a la ejecución de los contratos de transacción, ya sean celebrados en forma judicial o extrajudicial, por que la citada ley adjetiva no hace distinción, por otro lado, los mencionados contratos no requieren de la declaración del órgano jurisdiccional, de que tienen la calidad de cosa juzgada, porque tal calidad se les concede expresamente el artículo 2953 del Código Civil, y tampoco es necesario que se celebre en un juicio o que pongan fin a un procedimiento arbitral, por su validez y ejecución, de conformidad con los numerales 2944 y 533 de los ordenamientos sustantivo y adjetivo citados.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 14991. María del Carmen Pardo de Candía. 25 de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Caballero Cárdenas. Secretario: Alejandro Javier Pizaña Nila.

Ahora bien, el hecho de llevar a escritura pública el contrato de transacción puede ser la solución en cuanto al problema o no de poder ejecutar un contrato privado de transacción por la vía de apremio. Pero lo que sí es definitivo es que esté último es indiscutible que produce los efectos de cosa juzgada y es ejecutable por la vía antes mencionada.

Partiendo de lo anterior, y tomando en cuenta que si se celebró en documento público la transacción o acuerdo de mediación entonces ante el incumplimiento de una de las partes se puede acudir a la vía de apremio en materia civil.

En materia mercantil, el artículo 1346 del Código de Comercio establece que “debe ejecutar la sentencia el juez que la dictó en primera instancia o el designado en el compromiso en caso de procedimiento convencional”; lo anterior implica que en el caso de que se necesite un cumplimiento forzoso del acuerdo de mediación, este lo conocerá el juez que se haya designado para tales efectos, si no hubo designación se aplican las reglas ordinarias de competencia.

Asimismo, como esta hoy en día la legislación procesal mercantil si se llega a un acuerdo en un proceso de mediación, este podrá ser exigido vía ejecutiva en dos casos, si se plasmo en una escritura pública o bien si proviene de un convenio judicial, lo anterior de conformidad con el artículo 1391 de Código de Comercio.

Por otro lado, si no se cumplen con los dos últimos requisitos, se tendría que ejecutar como un contrato vía ordinaria.

Ahora bien, en ésta materia se le podría dar una mayor celeridad y fortaleza al acuerdo de mediación si este se pudiera ejecutar como un laudo arbitral, por lo que esta propuesta se desarrollará en el Capítulo III de esta Tesis.

CAPITULO TERCERO

HACIA UNA NUEVA CULTURA DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Una vez analizados en el capítulo primero los medios alternativos de solución en general, y tratado en el capítulo segundo la mediación, es necesario desarrollar una propuesta para fomentar el uso de la mediación en nuestro sistema jurídico mediante la cual se descongestione la actividad judicial, llegando también a acuerdos más justos entre las partes.

En este sentido, se debe desarrollar un sistema de resolución de conflictos, iniciando por la implementación de la mediación, para posteriormente iniciar el uso de otros Medios Alternativos de Solución de Conflictos debiendo responder estos programas a las necesidades específicas de los usuarios.

Ahora bien, toda implementación de un sistema de solución de controversias debe de contar con 2 fases:

a) Preventiva.- Mediante el fomento de la inclusión de cláusulas de mediación u otros Medios Alternativos de Solución de Conflictos en los contratos, la construcción de una educación de dichos medios por foros, la inclusión de ésta como una materia en las universidades, etc.

b) Solucionadora.- Mediante la implementación de normas y regulaciones de mediación, en donde la norma se convierta en una norma educativa, estableciendo en esta un procedimiento obligatorio de mediación para ciertos juicios antes de acudir a la jurisdicción Estatal. Esto se logra con los llamados *Court anexed mediation* o mediación anexa a juzgados. Dicha regulación deberá estar acompañada de la creación y posterior capacitación de centros de mediación y de mediadores privados, mismos que deberán ser regulados y reglamentados por el Estado, pero solo en sus esquemas básicos, para evitar así perder la flexibilidad propia de este medio alternativo.

Cabe remarcar, que en un primer momento, se debe auspiciar el uso de disposiciones que puedan hacer efectivos los medios alternativos que están presentes en nuestra legislación y en nuestras costumbres, para después tratar de implementar medios que han sido utilizados en otros países.

En virtud de lo anterior, se proponen cuatro puntos que se deben considerar para fomentar una cultura de mediación en nuestro país:

- I) Se debe dar mayor fuerza al uso de cláusulas compromisorias de mediación en los contratos, en donde se estipule el proceso de mediación como el primer pilar de resolución de contratos.
- II) La promoción y creación de centros de mediación particulares, que coexistan con los cuerpos de mediadores judiciales u oficiales, dándole así un entorno mas completo a dicho medio resolutor.
- III) La creación de un marco regulador de la mediación, el cual tendrá que respetar con los principios de esta figura para que no se pierdan sus ventajas. Lo anterior se puede lograr creando un Cuerpo Oficial de Mediadores y posibilitando a mediadores privados o Centros de Mediación de llevar también el procedimiento oficial de mediación.
- IV) La educación de este medio alternativo, mediante foros, conferencias, inclusión como materia en las facultades de derecho, etc.

3.1 Tratamiento de mediación oficial o anexa a los Juzgados

La mediación oficial o anexa a los juzgados se ha desarrollado en los Estados Unidos de América, en España, en Colombia, Argentina, Canadá y algunos otros países.

En este punto se desarrollará sucintamente ejemplos del tratamiento de la mediación oficial en Argentina, Colombia, España, Estados Unidos y Australia, los tres primeros por ser países con un sistema jurídico similar al nuestro, Estados Unidos por ser el país donde han tenido mas auge dichos sistemas, y en Australia por que recientemente se está implementando a grandes niveles la utilización de programas de mediación referida a las cortes.

3.1.1 Argentina

En el caso de Argentina, el proyecto de instalación de la mediación comenzó con una prueba piloto formalizada a través de un acuerdo entre el Ministerio de Justicia y la Justicia Civil que duró aproximadamente 3 años.

Dentro de la Justicia Civil hubo jueces que quisieron participar de este programa, y se escogieron algunos juicios (expedientes) que a su criterio calificaban para ser remitidos a mediación y el juez proponía a las partes remitir la cuestión para ser tratada en mediación, en el servicio que a esos fines creo el propio Ministerio de Justicia. Las partes podían aceptar esta propuesta del juez o no.

Pasada la prueba piloto, el Ministerio de Justicia elevó al Poder Legislativo el proyecto de ley de Mediación que con modificaciones aprobó en la Ley N°24573.

Desde hace poco más de dos años, la mediación prejudicial obligatoria es una realidad en Argentina para los juicios de contenido patrimonial, estando en tratamiento en el Parlamento la ley de mediación familiar.

Naturalmente, la obligatoriedad está prevista a la primera sesión de mediación, en la que las partes pueden expresar su voluntad de finalizar o continuar con el procedimiento.

La finalización sea por voluntad de las partes o por falta de acuerdo se expresa en un certificado que es el que deja expedita la vía judicial.

La particularidad es que un acuerdo formalizado en mediación, siempre y cuando no estén involucrados intereses de menores de edad, tiene idéntica fuerza ejecutiva que la sentencia firme de un juez.

Este procedimiento ha sido criticado en cuanto a que sólo prevé que quienes posean el título de abogado y realicen un entrenamiento oficial, pueden ser habilitados como mediadores. En este sentido no cualquier profesional que posea el título habilitante podrá mediar y esto es así porque se necesita un especial entrenamiento teórico y práctico para poder realizar eficazmente la tarea de mediación y unir a dicha preparación cualidades personales que posibiliten llegar con éxito a la gestión del tercero imparcial, lo anterior discrimina a otras profesiones e incluso a personas sin profesión universitaria que estén en condiciones de realizar la mediación.

Asimismo, se ha criticado que la matrícula de mediadores esté administrada por el Estado a través del Ministerio de Justicia, lo que contraría el sentido liberal de este método, que en sus orígenes permite que las partes depositen su confianza en alguien de su elección sin importar dudosas credenciales otorgadas por el Estado.

3.1.2 Estados Unidos de América.

En los Estados Unidos de América se pueden identificar tres Estados cuyos programas pilotos de mediación anexa a los juzgados tuvieron gran éxito: Tulsa, Houston y la Corte Superior de Washington, D.C.

En Tulsa, Oklahoma, el Centro de Quejas del Ciudadano (*Tulsa Citizen Complaint Center*) comenzó a operar con cuatro centros de recepción y referencia de conflictos, otorgándole promoción por los medios de comunicación.

En Houston, Texas, ciudad líder en métodos alternativos de solución de controversias desde que se crearon los centros de justicia vecinal en 1980, se establecieron los centros de resolución de controversias. En esta ciudad, se creó el programa de *multi-door division*, en donde se valió de los centros de justicia vecinal para recibir y referir casos. Los dieciséis Jueces de paz, que conocen de controversias menores, se unieron al programa para poner en marcha la mediación definitivamente. El punto fundamental de ejercicio en Houston es la colaboración del cuerpo de policía que refiere un sin número de controversias pequeñas a los centros de recepción y referencia.

En Washington, D. C., la propuesta fue aceptada por el *Chief of Justice* Carl Moultry quien lo promovió ante la Corte Superior, ya que observó la posibilidad de descongestionar los despachos judiciales al ofrecer a los ciudadanos métodos alternativos a la práctica del litigio, que en muchos casos es irracional debido a los complicados tecnicismos legales, el alto costo y la lentitud en la solución a sus controversias.

Después de estudios cuidadosos, el Distrito de Columbia se convirtió en uno de los tres sistemas multipuertas de Estados Unidos de América en 1985. Este sistema es manejado por jueces y funcionarios judiciales. Durante el proceso de formación se circuló información de los planes a grupos de ciudadanos y abogados. La colaboración de expertos fue indispensable, de modo que se contactó a académicos, jueces de otros circuitos y personal de capacitación.

El programa comenzó experimentalmente y su existencia dependía de los resultados iniciales. La base del programa fue la flexibilidad de acoplarse a las necesidades de los ciudadanos de Washington, D. C.

Estos programas se implementaron bajo la premisa de que los casos sometidos a mediación o evaluación neutral se arreglan amigablemente, pues al sentarse las partes a discutir soluciones se incrementa una posibilidad de solución presente o en lo futuro. Por esta razón, las cortes exigieron a las partes acudir a un medio alternativo de solución de conflictos, en muchos casos so pena de recibir sanciones en caso de no comparecencia.

En sí, el procedimiento anterior inicia cuando el juez del conocimiento da una orden con el fin de que la división *multi-door* cite a las partes para llenar el documento de acuerdo confidencial antes de 60 días. Si se ha eximido a una parte o a un tercero, o si un abogado ha dejado la representación del caso, deberá notificarlo al secretario del juzgado.

Las partes deben llenar y firmar el documento de acuerdo confidencial antes de la fecha límite indicada por el juez en su orden, como condición previa a la sesión de mediación o de evaluación neutral. Si el caso se arregla con anterioridad, deberá informarse al juez y a la división *multi-door*.

Antes de la sesión, las partes firmarán un acuerdo de entendimiento de confidencialidad por el cual nada de lo dicho por ninguno de los participantes se podrá utilizar en la corte, ni nada de lo dicho obligará a las partes, a menos que se llegue a un acuerdo en contrario y se inscriba en la división *multi-door*.

Conjuntamente al acuerdo de confidencialidad, las partes deben llenar el formulario provisto por la división *multi-door* y llenarlo antes de la fecha límite impuesta por el juez. En el formulario se deben expresar los datos personales, la naturaleza del caso, la compensación monetaria que se busca, el listado de las pruebas que se han obtenido, la información que se considere necesaria para negociar, los problemas de responsabilidad existentes, si hay otros asuntos pendientes entre las partes, las defensas que esgrime, los propósitos de la otra parte, la descripción de los hechos o defensas legales que evitarían al demandante triunfar en sus peticiones, la posición de negociación y las razones que la fundamentan si la posición se ha presentado a la otra parte, el estado de las negociaciones anteriores así como el máximo que se pide y el mínimo aceptable en dichas peticiones.

También se incluyen otras peticiones o defensas que pudieran existir. Si en el caso hay una lesión personal o muerte accidental, se deberá describir la naturaleza de las lesiones, los hechos que originan heridas permanentes y los médicos que intervienen, la naturaleza de las cirugías realizadas o propuestas, los gastos médicos hechos hasta la fecha y los que se puedan causar en lo futuro, el lucro cesante hasta la fecha y el que se cause en lo futuro, otros daños causados, daños en general, y daños punitivos. Si el caso no es de heridas personales, se deberán enumerar los daños y si existen pruebas para demostrarlos. En cualquier caso se deben enumerar los peritos que se llamarían para establecer los daños, las partes que acudirían a la audiencia y que se verían afectadas por el acuerdo, si las peticiones están cubiertas por una póliza de seguro y, si así fuere, incluir sus especificaciones y límites.

Una vez referido el conflicto al mediador, éste se reúne con las partes en conjunto y con cada una separadamente cuantas veces sea necesario para tratar de llegar a un acuerdo. En la evaluación neutral del caso, el evaluador proferirá una opinión no obligatoria con las posibles soluciones. Si se llega a un acuerdo, se inscribirá en la división *multi-door* para que el juez lo analice y lo incorpore en una decisión judicial; pero si no se llega a una solución, se iniciarán los trámites de un procedimiento judicial.

Otro programa implementado por las Cortes Americanas es el servicio de recepción y referencia (*intake and referral service*), en donde se crea un proceso más coordinado e integrado que un simple proyecto anexo al sistema judicial. Detrás del concepto de este servicio está la idea de ofrecer a los litigantes mayor control sobre el manejo de los conflictos; en vez de sólo someter el conflicto al camino tradicional, se trata de crear alternativas o foros aptos para las variedades de conflictos.

El concepto de este tribunal multipuertas descansa en el proceso de análisis previo de los conflictos en donde se tratará de identificar las características del caso y se determinará cual es el proceso más apto para resolver el conflicto. El análisis se realizará de acuerdo con el tipo de caso, el tipo o proceso de MASC, el monto demandado u otros factores comunes. La idea es que el sistema judicial debe enfrentar los casos de una manera más efectiva que la tradicional.

Los servicios de recepción se llevan a cabo en centros de recepción, en los cuales los empleados escuchan los argumentos de las partes y los refieren al método, programa o "puerta" de la división del centro de resolución de controversias que mejor se identifique con la controversia. Estos expertos se basan en un manual de referencia desarrollado continuamente por el personal del programa.

En el manual hay una descripción de más de 40 programas de resolución de controversias para recomendarlos a los usuarios del servicio. Siempre se debe tener en cuenta que estos centros de referencia no resuelven la disputa, sino que la someten al programa que más se adecue a sus características.

El especialista y el ciudadano seleccionan el método después de apearse a los pasos siguientes:

- a) *Introducción*: explicación del sistema al ciudadano que acude al centro.
- b) *Narración del usuario*: se trata de recopilar la información del caso.

- c) *Identificación del programa:* el especialista pregunta detalles de la disputa.
- d) *Resumen del conflicto:* el especialista describe los puntos fundamentales de la disputa.
- e) *Consideración de las opciones y consecuencias:* El especialista y el usuario analizan las diferentes opciones.
- f) *Selección de opciones y asistencia:* El especialista diseña un plan de acción y asiste al usuario a tomar responsabilidad personal por la ejecución del plan.

El éxito del programa depende de diversos factores, como la difusión pública, el conocimiento y profesionalismo de los especialistas, y la efectividad de los métodos escogidos.

Los casos se refieren en gran parte por la policía, las agencias del gobierno, fiscales, jueces o personal de la corte, agencias del condado o de la ciudad, agencias comunales, otros ciudadanos o agencias de servicio social y los abogados. Las personas acuden a estos centros después de conocer sus servicios en medios de comunicación o de ser referidos por los anteriores.

Dichos centros refieren a los usuarios a servicios sociales, mediación, árbitros, agencias gubernamentales, miniprocursos, servicios legales, paneles de consumidores o responsabilidad médica o a las cortes. En el caso de la mediación, a la reunión pueden acudir las dos partes o una de ellas, en cuyo caso el mediador contactará a la otra parte para explicarle en qué consiste la mediación y por qué es recomendable en el caso. Posteriormente, el experto fija una fecha de audiencia conveniente para las dos partes.

Las cortes también refieren casos para ser mediados, generalmente cuando están implicados los derechos de los menores. Los mediadores deben decidir si la presencia de abogado para una de las partes hace o no injusta la negociación. Todos los acuerdos obtenidos, redactados por los mediadores y debidamente firmados en la mediación los analizan las cortes y deben incorporarse en una decisión judicial.

En las cortes se distribuyen cartillas que promocionan este servicio y otros e igualmente se entregan en centros cívicos y comunales. La difusión se acentúa con propaganda en todos los medios de comunicación.

Otros ejemplos de mediación anexas a los juzgados la tenemos con el programa de mediación de disputas en reclamaciones pequeñas (*small claims mediation*) implementado por las Cortes Federales de los Estados Unidos.

Aquí acuden las personas implicadas en disputas de 2,000 dólares o menos y que tengan como causa la falta de pago de una deuda, mercancía dañada, accidentes menores de automóvil o daño a propiedad personal pueden acudir a este servicio.

Tanto las partes, que no tienen que estar representadas por abogados ni conocer tecnicismos legales, como el mediador, estudian fórmulas de solución a la controversia. A diferencia del proceso judicial, las partes tienen la última palabra en el acuerdo que firmarán.

En 1993, aproximadamente 1,800 casos fueron mediados y 52% resueltos. Los mediadores trabajan voluntariamente al menos tres mañanas por mes, reciben un modesto estipendio por año y deben haber tomado un curso de entrenamiento por cuatro días impartido o reconocido por la Corte Federal.

Otro programa desarrollado en los Estados Unidos es el de la mediación en relaciones de familia (*domestic relations mediation*)

Este servicio está abierto para personas que tienen problemas de familia, o si el asunto está pendiente en la División Familiar de la Corte Superior y las partes desean que se les ayude a resolver las controversias sobre el cuidado y sustento de los niños, de la división de las propiedades y deudas si las hubiere, o sobre ayuda monetaria o alimentaria de uno de los cónyuges.

La idea del servicio es no sólo descongestionar despachos judiciales, sino también buscar una resolución más satisfactoria de los problemas familiares. El servicio está limitado a que al menos una de las partes sea residente en el Distrito de Columbia.

Las partes son entrevistadas separadamente y como resultado de las entrevistas se declara conveniente o no la mediación. Un caso puede considerarse no susceptible de mediación por una de las causas siguientes: a) Si una de las partes fue herida seriamente por la otra, sin importar cuándo. b) Si una parte ha utilizado un arma contra la otra, c) Si hay una historia de violencia en la relación entre las partes d) Si hay indicaciones de abuso infantil o descuido deliberado del menor, e) Si por cualquier motivo una de las partes siente que no puede negociar en igualdad de condiciones con la otra.

Sin embargo, los casos anteriores se someten a mediación si se cumple una serie de circunstancias, como la petición de un juez, la existencia de una orden de protección civil, el consentimiento de las partes, la revisión del acuerdo por parte del juez, etcétera.

La mediación es conducida por dos mediadores, quienes pueden ser abogados, profesionales de salud mental, educadores, o cualquier persona con una capacitación reconocida por el Estado. Esta clase de mediación se puede realizar antes o después de haberse presentado la demanda. Generalmente se recomienda que el acuerdo sea revisado después por un abogado. En 1993, 352 casos fueron mediados con un 50% de casos resueltos.

Otro ejemplo de mediación anexa a un juzgado lo tenemos con el programa de resolución de controversias civiles (*civil dispute resolution program*)

Este programa se inicia entre 90 y 120 días después de recibir la demanda civil, cuando el juez fija una audiencia para que las partes concurren, con o sin representación, para decidir que técnica de solución de conflicto es la más apropiada y proceder a señalar fecha de la primer sesión. La sesión tendrá que ser dentro de los 120 días siguientes si el método seleccionado fue el de arbitraje.

En caso de que sea la mediación, la sesión de la evaluación del caso se realizará dentro de cuatro a ocho meses después, según la complejidad del caso. Este programa de mediación civil se rige por órdenes de la corte y procedimientos administrativos. Las partes tienen que proveer la información necesaria en documentos de acuerdo confidenciales (*confidential settlement statement*) un mes antes de la mediación. Los mediadores en dicho programa deben ser abogados con licencia para practicar, adiestrados especialmente y aceptados por la corte; además, deben mediar seis días al año o llevar un promedio de 20 casos sin percibir remuneración alguna.

Los mediadores contactan a las partes y a sus abogados, si los hubiere, dos semanas antes de la sesión de mediación para asegurarse de las circunstancias del caso frente a un posible acuerdo. El mediador se reúne con las partes conjunta y separadamente para buscar un acuerdo en tantas sesiones como lo exija el caso. Aproximadamente el 33% de los 2 761 casos en 1993 concluyó con un acuerdo.

3.1.3 España

En España las alternativas a la administración de justicia se han desarrollado en un cuadro de crisis sin precedentes del sistema judicial español, que es compartida con otros miembros de la Comunidad Económica Europea. En efecto, la situación tiene tal alcance que el Consejo de Europa emitió en 1986 una Recomendación del Consejo de Ministros a los Estados Miembros de la CEE (Recomendación R(86)12), en la que reconoce expresamente que la sobrecarga de los tribunales europeos puede afectar los derechos de las partes en un litigio. En consecuencia, afirma que es conveniente que los Estados se planteen vías de descarga de los tribunales, citando entre varias medidas la conveniencia de potenciar la conciliación.

Como establece el autor Josep Redorta Lorente “la cultura del litigio está fuertemente arraigada en la sociedad española. Ello incide e incidirá sobre la futura evolución de la mediación en España”¹¹².

Por lo anterior, no es por casualidad que la figura de la mediación no tenga en España regulación general y unitaria, como no lo es el hecho de que los mediadores como figura son escasos y con perfil mal definido, sin embargo existen programas que valen la pena su estudio. Lo anterior se refleja con la falta de una adecuada regulación legal de la figura, de mecanismos de control y la ausencia de sólida formación en los mediadores.

En este orden de ideas, España no tiene el desarrollo de una cultura de mediación tan arraigada o elaborada como en otros países, estando sometida con un ligero retraso, en algunas áreas concretas, a los procesos de emergencia de la mediación que se están dando en Europa”¹¹³.

No obstante lo anterior, en cuanto a la mediación institucional se han dado recientes cambios legislativos que tienden a fomentarla, incluso en el ámbito de Derecho Público, como es el caso del Derecho penal.

Así es como el intento de mediación se contempla con carácter previo y obligatorio para determinados supuestos, por ejemplo, en el ámbito laboral, con carácter más o menos experimental en algunos supuestos del ámbito familiar o penal vinculado a los juzgados y claramente voluntario, en el orden civil y patrimonial.

¹¹² REDORTA Lorente Josep, “La mediación en España”, Mediación, una transformación en la cultura, Editorial Paidós, Primera edición, Argentina, 1996 p. 173

¹¹³ IDEM

En los últimos años se han dado importantes cambios legislativos, como la reciente reforma laboral de 1994, la ley de arbitraje de 1988 o la de consumo de 1993 y la de arrendamientos urbanos, etc., tienden a potenciar las figuras de justicia alternativa.

Existe también, la figura del "ombudsman", que se ha generalizado en el ámbito no sólo de las administraciones autónomas, sino en algunas instituciones privadas; sin embargo, estas figuras ejercen una cierta función mediadora solamente en algunos casos. Técnicamente, podría ser más bien una especie de mediación impropia o una tarea de prevención del conflicto.

Si hablamos de mediación familiar, baste decir que la primera experiencia documentada es el Servicio de Mediación a la Familia de San Sebastián en el año de 1988. En Madrid, aparecen dos años después dos servicios subvencionados por el Ministerio de Asuntos Sociales. En 1993 se dieron a conocer los resultados de un primer programa público de mediación familiar. Sin embargo, el número de parejas afectadas, que fue de 88, indica la aún muy escasa incidencia del movimiento.

En el campo de la mediación escolar, en 1995, se han iniciado los primeros seminarios en Barcelona y el País Vasco, con evidente retraso en este punto respecto al resto de Europa y mucho respecto a Norteamérica.

En lo que se refiere a la mediación de barrio, campo bien propicio a la mediación de pequeños conflictos, prácticamente no se han hecho experiencias. En cambio, los tribunales están sobrecargados de juicios vecinales de menor cuantía.

En el campo de las relaciones laborales existen varios Tribunales Arbitrales en distintas comunidades autónomas formados por los agentes sociales con el soporte de la Administración.

En el orden de la mediación mercantil, la experiencia más novedosa en España se refiere al campo de las nuevas tecnologías. En este campo, se maximiza el problema de la lentitud de justicia con la corta vida de un producto. Las soluciones del modelo judicial podrían llegar cuando, por ejemplo, *el software* en discusión careciera ya de valor, por lo que un acuerdo entre grandes productores y consumidores permite abordar desde la mediación los conflictos que se van presentando.

Otro programa que se ha desarrollado con gran éxito es el caso del Tribunal Laboral de Conciliación, Mediación y Arbitraje de Cataluña, el cual es un ejemplo de amalgama de figuras de MASC. En realidad, cuando la mediación o conciliación fracasa se ofrece a las partes el procedimiento de arbitraje, aunque ambos procedimientos están bien diferenciados. Normalmente, los mediadores se constituyen en colegio de árbitros para resolver las partes no acordadas en la vía anterior. Es un servicio de referencia. Aunque el número de procedimientos es escaso en relación con la conflictividad laboral general en Cataluña, el índice de eficacia puede considerarse alto. Aproximadamente, la mitad de los casos terminaron en acuerdo. Las sesiones de mediación duran unas tres horas por término medio y, excepto en conflictos muy agudos, entre una y tres sesiones de mediación permiten resolver el problema. Los mediadores son retribuidos en función del número de sesiones que deben emplear, pero el valor es decreciente en función del incremento de sesiones de mediación.

3.1.4 Australia

En Australia se incorporó desde 1974 la mediación en los procesos de mínima cuantía, antes del *pre-trial*, estableciéndose una audiencia informal entre las partes que son llamadas ante el Juez, esta audiencia trata de fomentar las negociaciones entre las partes.

La audiencia se lleva a cabo con el propósito de definir y limitar los objetos de la disputa, así como los procedimientos, y asegurar que las partes están tomando todas las medidas necesarias para agilizar el proceso.

En este sentido, el Juez podrá iniciar la mediación cuando en la audiencia se preste ya sea por la razón de la naturaleza de lo reclamado, por las actitudes de las partes o bien si el Juez percibe la posibilidad de resolverlas por una mediación.

Otro ejemplo que se estableció fue en la Ley de Arbitraje comercial de 1986, en donde se permite a las partes llegar a un acuerdo por un medio distinto del arbitraje, es decir las partes que están envueltas en un arbitraje o bien obligadas por un acuerdo arbitral o cláusula compromisoria a sujetarse a este procedimiento podrán buscar la utilización de la mediación o bien pedir al arbitrio designado que actúe como un mediador entre ellos. Esta acción puede ocurrir antes o después del arbitraje.

Otro ejemplo lo tenemos con la *Family Law Act* de 1975 que introduce procedimientos de mediación, en donde las partes podrán resolver sus controversias con la asistencia de un tercero. La mediación sólo podrá ser llevada a cabo por las Cortes de lo familiar en Australia y por mediadores aprobados; para llegar a ser un mediador aprobado la persona deberá ser aprobada por el *Chief Judge of The Family Court*, discrecionalmente.

En este orden de ideas, en el ordenamiento 10 Regla 1 de la *Federal Court of Australia Act* de 1976, se obliga a los jueces a revisar, antes de conocer el asunto, que todas las medidas se han tomado para llegar a un resultado negociado. A partir de 1990, se introdujo la posibilidad de referir en cualquier momento, a un proceso de mediación con el consentimiento de las partes sin perder algún derecho procesal.

Ahora bien, en Australia se está estudiando y existen propuestas para implementar programas de mediación anexa a juzgados con el fin de que se libere un poco la carga enorme de trabajo del sistema legal de ese país.

En este orden de ideas, existe la iniciativa de establecer en el ámbito federal y estatal la obligación de las partes de acudir a un proceso de mediación antes de poder ejercer su derecho de acción ante la jurisdicción tradicional, estableciendo también sanciones para las partes si no concurren a la mediación.

3.1.5 Colombia

En Colombia existen tres disposiciones el Código procesal, la *Ley 23* del año 1991 y el Decreto 2651 del mismo año, de donde surgen mecanismos para lograr la resolución de un conflicto acudiendo las partes voluntariamente a un centro de mediación, estableciéndose como obligatorias las audiencias preliminares. Esta audiencia tiene una duración de tres horas, vencidas las cuales podrá suspenderse por una sola vez para reanudarla al quinto día siguiente.

Ninguna de estas audiencias es un encuentro formal, todo lo contrario, las partes deben estar presentes y sus apoderados y se busca la forma de solucionar el conflicto explorando propuestas.

Por otro lado existen en Colombia centros de conciliación y equidad, en donde el Ministerio de Justicia controla estos centros, los cuales deben elaborar la lista de mediadores, sus requisitos tramite de inscripción forma de designación, tarifas de honorarias etc.

En estos centros de mediación el procedimiento es el siguiente:¹¹⁴ las partes solicitan la mediación de manera conjunta o separada, presentando un formulario ante el Centro de mediación que estuviera pactado en el contrato o en su defecto ante el centro que libremente elijan. Podrán concurrir a la audiencia de mediación a solas o acompañadas por su abogado.

Dentro de los dos días hábiles de la presentación, el centro designará al mediador que se hará cargo del caso y citará a las partes para un día y hora determinados. Llegado el momento de la audiencia, el mediador interrogará a las partes para establecer con claridad los hechos alegados y las pretensiones que ellas fundamenten, para luego iniciar la propuesta de las fórmulas de avenimiento, que las partes pueden o no aceptar.

El trámite de la mediación puede finalizar de dos maneras, en el primer supuesto, termina con la firma del acta que contenga el acuerdo al que se llega, especificándose claramente las obligaciones a cargo de cada una de ellas, teniendo este documento el carácter de cosa juzgada y habilita su inmediata ejecución. En el segundo Supuesto, las partes suscriben un acta donde se deja constancia de la imposibilidad que hubo de llegar a una solución.

Una característica del procedimiento colombiano es que si el acuerdo recae sobre la totalidad del litigio, no habrá lugar al proceso respectivo, pero si fuese parcial, se dejará constancia de ello en el acta y las partes quedarán en libertad de discutir en juicio solamente las diferencias restantes.

3.2 Cultura de Mediación en México

En nuestro actual ordenamiento jurídico no existe regulada como tal la figura de la mediación, sin embargo existen diversas disposiciones legales que expresamente regulan procedimientos de conciliación y facultan a ciertos órganos gubernamentales para conducir dicho medio, así como instituciones que administran el procedimiento de conciliación.

Ahora bien, en el propio Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, se estableció que en materia de impartición de justicia:

¹¹⁴ GOZAÑI Osvaldo Alfredo, op cit., p 95

- “Cuando los delitos no se resuelven conforme a la Ley, se quebranta seriamente el Estado de Derecho, lo que ocasiona una franca desconfianza hacia las instituciones”;
- “No siempre contamos con un sistema jurisdiccional que responda a los reclamos de la sociedad”;
- “Existen normas y prácticas viciadas que obstaculizan el acceso a la justicia; subsisten procesos complejos y excesivamente formales.”

Por lo anterior, el Plan Nacional de Desarrollo definió como objetivos los siguientes:

- “Introducir las bases para la organización y funcionamiento de los organismos de justicia locales; -
- Elevar la calidad profesional de los magistrados y jueces, a través de programas de capacitación, actualización y especialización;
- Implementar la mediación y conciliación, como mecanismos alternativos de resolución de conflictos, logrando el mismo efecto de la justicia ordinaria, pero a un bajo costo;
- Revalorar la justicia de paz, ya que por su agilidad y rapidez puede constituirse en una institución fundamental para la justicia;”

Ahora bien, tenemos que en materia de conciliación tanto a nivel Federal como Local existe:

- En el juicio ordinario civil el artículo 272-A del CPC y sus correlativos en los Estados y en el CFPC
- En materia de controversias entre consumidores y proveedores, el artículo 11 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.
- En materia de conflictos relacionados con el comercio exterior y su financiamiento el artículo 34 del Reglamento Orgánico del Banco Nacional de Comercio Exterior.
- En materia de conflictos autorales el artículo 133 de la Ley Federal del Derecho de autor
- En materia de conflictos entre las instituciones Financieras y sus Usuarios el artículo 60 de la recientemente creada Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de enero de 1999, misma que adquiere las facultades de conciliación que tenía la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro.
- El procedimiento de conciliación contemplado en el Reglamento de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico
- EL procedimiento de conciliación que proporciona la Cámara de Comercio Internacional

Propiamente en el campo de la mediación encontramos que existen ejemplos de su implementación tanto en el estado de Quintana Roo, como en el de Nuevo León. ; y por lo que hace a la parte privada existen centros de resolución de controversias que aplican el procedimiento de mediación, tanto privada como comunitaria.

3.2.1 Ley de Justicia Alternativa de Quintana Roo.¹¹⁵

El Estado de Quintana Roo, con la colaboración de la Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, ha instrumentado un Programa de Modernización que incorpora los objetivos fundamentales del Plan Nacional de Desarrollo en materia de Justicia.

Dentro de este Programa de Modernización se encuentra el proyecto de desarrollo de una justicia alternativa, la cual puede constituirse en un mecanismo adecuado para la resolución de controversias en instancias de mediación, conciliación y arbitraje, a efecto de evitar el congestionamiento de los tribunales del orden común.

Como resultado de lo anterior, se publicó el 6 de agosto de 1997, la Ley de Justicia Alternativa, por la cual se regula la aplicación de procedimientos de arbitraje, mediación y conciliación. Siendo dichos procedimientos totalmente voluntarios, alternativos a la vía jurisdiccional ordinaria y al fuero de los jueces y magistrados del orden común.

Por medio de esta ley se crea el Centro de Asistencia Jurídica siendo un órgano desconcentrado del Poder Judicial del Estado de Quintana Roo, el cual está encargado de sustanciar procedimientos de conciliación, mediación o arbitraje que pongan fin a los conflictos de carácter jurídico de naturaleza exclusivamente privada; así como proporcionar ayuda técnico-legal a aquellas personas que carecen de recursos para contratar abogados o defensores particulares.

Este Centro tendrá su sede en la Capital del Estado y funcionará en los Municipios por medio de Delegaciones, las que establecerán conforme lo demanden las necesidades de la población. Asimismo, dicho centro está dirigido por una persona designada por el pleno del Tribunal Judicial, y deberá satisfacer los mismos requisitos exigidos para los Jueces de Primera Instancia del Poder Judicial del Estado.

¹¹⁵ VER ANEXO 1

El centro de asistencia jurídica proporcionará mediadores y conciliadores a las partes que se acerquen para resolver un conflicto.

Por otro lado, se establece que los acuerdos y los laudos dictados serán definitivos y no admitirán recurso alguno, siendo posible su ejecución por la vía de ejecución de sentencia, y todos estos procesos suspenden la prescripción de acciones.

Asimismo, se contemplan medidas de apremio para castigar la inasistencia o la negativa de someterse a los procedimientos alternativos, el procedimiento a grandes rasgos es el siguiente: Compareciendo el citado, el conciliador designado procurará avenir a las partes haciéndoles notar las ventajas que se logran a través de un arreglo convencional o transaccional.

Si no se avinieran las partes, el conciliador mediará entre ellos, ofreciendo alternativas de solución viables armonizando sus intereses y explorando fórmulas de arreglo, asistiéndolos para elaborar el documento idóneo que dé una solución adecuada para éstas.

En el acta que al efecto se levante, se hará constar las bases del arreglo convencional o transaccional en su caso o la negativa de alguna de las partes para llegar a un arreglo y las razones de esta negativa. La simple negativa para avenirse se tomará en cuenta para condenar en costas a aquella parte que resulte vencida en juicio.

Es interesante destacar que en el Código de Procedimientos Civiles de dicho Estado, en su artículo 259 se establece que "La simple negativa para avenirse a una transacción, se tomará en cuenta para condenar en costas a aquella parte que resulte vencida en el juicio", con lo que se castiga a la parte que sin razón rechaza una proposición de transacción, supuesto que existe en legislación comparada y que ya se comentó.

Por otro lado, la reforma en medios alternativos de solución de controversias, se reflejó en el Estado de Quintana Roo en su propia constitución, estableciéndose en su artículo 108 que "El Tribunal Superior de justicia proporcionará a los particulares medios alternativos de solución a sus controversias jurídicas, tales como la conciliación o el arbitraje, de acuerdo a procedimientos de mediación. La Ley establecerá las facultades e integración de la Institución que brindará estos servicios, así como los procedimientos y eficacia de sus acuerdos y resoluciones. Esta institución brindará servicios de defensoría de oficio y de asistencia jurídica a sectores desprotegidos."

Otro punto a destacar en la legislación de dicho Estado, es la disposición ¹¹⁶ que establece que la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial, o de la extrajudicial, pero sólo cuando, en éste último caso, el juez, a solicitud de ambas partes y siempre que no la estime contraria a derecho, la haya homologado obligando a quienes la pactaron a estar y pasar por ella con dicha autoridad de cosa juzgada. Lo anterior no obstante, la transacción puede anularse o rescindirse en los casos generales en que se anulan o rescinden los demás contratos y negocios jurídicos.

3.2.2 Nuevo León.

En el Estado de Nuevo León, se reformó el Código de Procedimientos Civiles, como respuesta a la necesidad de darle un reconocimiento oficial a la mediación como un MASC.

En ese sentido, en el artículo 461 de dicho Código se establece que todo lo que se dispone respecto de la ejecución de sentencias comprende los laudos arbitrales, las transacciones extrajudiciales que sean resultado de la conciliación, mediación o amigable composición, reconocidas judicialmente en autos, los convenios celebrados en juicio y las transacciones que consten en escritura pública, que por su naturaleza traigan aparejada ejecución.

Por su parte, el artículo 462 del citado Código establece que la ejecución de la transacción en la vía de apremio, no procederá si no se reúnen los requisitos señalados en el artículo anterior. Es decir si se reconoce la posibilidad de ejecutar la transacción por la vía de apremio cuando dicha transacción conste en escritura pública.

Dicho Código señala, en su artículo 986, en lo relativo al arbitraje, que las partes tienen el derecho de sujetar sus diferencias al arbitraje en todas sus modalidades, considerándose entre éstas el arbitraje de estricto derecho, en conciencia o técnico. Asimismo podrán utilizar otros medios alternos tales como la amigable composición o mediación y la conciliación.

¹¹⁶ Artículo 3131 del Código Civil del Estado de Quintana Roo

En este sentido en el artículo 986 del mismo Código se establece que las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir, podrán ser sometidas a conciliación, mediación o amigable composición.

La iniciativa de la conciliación, mediación o amigable composición podrá provenir de ambas partes o de una de ellas, antes o durante el procedimiento de arbitraje.

Asimismo se establece en el artículo 988, que se encuentra en el capítulo de reconocimiento y ejecución de un laudo que el documento que contenga la correspondiente transacción, cuando ésta sea el resultado de la conciliación, mediación o amigable composición, deberá ser reconocido ante la autoridad judicial a fin de que, si no se contravienen disposiciones de orden público ni se afectan derechos de terceros, sean aprobadas por el juez y se les dé, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad de cosa juzgada, en los términos del artículo 2845 del Código Civil, el cual establece que la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquella en los casos autorizados por la Ley.

Con lo anterior se observa como ya se reconoce a la mediación como un medio distinto de la conciliación y susceptible de ejecutar su acuerdo por la vía de apremio, así como se puede reconocer la transacción acordada en un procedimiento de mediación en la misma vía y forma que un laudo arbitral.

3.2.1 La asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial AMMAC¹¹⁷.

Esta asociación se constituyó en Guadalajara Jalisco en el año de 1994, con la finalidad de contribuir mediante la promoción, difusión e instrumentación de sistemas alternativos de solución de controversias, por lo que administran procedimientos arbitrales y de mediación, estando constituida por representaciones regionales y teniendo su sede en la ciudad de Guadalajara Jalisco.

Específicamente en el campo de la mediación no han tenido una gran cantidad de casos, de hecho ninguno, muestra de la falta de interés y conocimiento de este medio por parte de la población.

¹¹⁷ VER ANEXO 2

Cuentan con un reglamento de Mediación comercial, en donde se establece a la mediación como un procedimiento voluntario, se delimitan las funciones del mediador, se establecen reglas para la primera sesión de mediación, una cláusula de confidencialidad, se dan reglas para las reuniones privadas o Coloquios, se posibilita al mediador de realizar recomendaciones orales, se enlistan las causales de terminación de la mediación.

Así tenemos que dicho procedimiento guarda los principios fundamentales ya discutidos con anterioridad de la mediación, lamentablemente no ha sido de gran utilidad práctica.

3.2.4 Centro de Resolución de Controversias México-Estados Unidos.¹¹⁸

Este centro de resolución de controversias se creó en 1994 con el fin de promover el uso de servicios privados de resolución de controversias suscitadas entre Mexicanos y Estado unidenses en términos del tratado de libre comercio.

Se encuentra localizado en la Universidad de Nuevo México en Las Cruces, Nuevo México, y ofrecen una serie de servicios así como entrenamiento en el área de soluciones alternativas de controversias, cuya necesidad se reconoce en el artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio con América del Norte.

Este centro lleva a cabo eventos de entrenamiento, simposium y talleres de trabajo en México y Estados Unidos de América.

Es importante destacar que en este procedimiento de mediación, el mediador si puede sugerir soluciones, y habrá un panel de uno a tres mediadores.

3.2.5 Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas¹¹⁹

¹¹⁸ VER ANEXO 3

¹¹⁹ VER ANEXO 4

Este centro de mediación y arbitraje es representado en México por la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, fue creado como una respuesta para la resolución de conflictos privados, acogiendo la inquietud que establece el artículo 2022 del TLC en sentido de promover el uso del arbitraje y de otras técnicas alternativas como medios para resolver conflictos, por lo que de acuerdo con los objetivos del TLCAN dicho centro se diseñó para proporcionar a las partes que realicen negocios dentro del área de aplicación de dicho tratado, un foro internacional lo suficientemente eficiente para solucionar cualquier conflicto comercial privado.

Este centro está integrado por la Asociación Americana de Arbitraje AAA, el Centro de Arbitraje Comercial de la Columbia Británica, la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México y el Centro de Arbitraje Comercial internacional de Quebec.

3.2.4 Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México

En el año de 1997, se actualizó el Reglamento de Mediación y Arbitraje de dicha Cámara con el fin de adecuarlo a las disposiciones acordes con la legislación internacional en materia arbitral. Asimismo, dicho reglamento cuenta con un capítulo de Mediación, el cual en el fondo realmente es un procedimiento conciliatorio y de buenos oficios, pero vale la pena analizarlo.

Cabe mencionar que no se ha llevado hasta la fecha un procedimiento de mediación (o conciliación en este caso), con lo que remarcamos la falta de conocimiento y por ende de la práctica de este medio autocompositivo.

3.2.7 Fundación Centro de Atención para Víctimas del Delito CENAVID

Esta Institución fue creada en junio de 1993 como una institución de asistencia privada como un centro para la atención en consulta externa de víctimas de violencia sexual, maltrato dentro del hogar y abuso de menores, dentro de sus programas e investigaciones se inicio en 1995 una investigación sobre resoluciones alternativas de controversias, elaborados en ese entonces un proyecto que fue presentado ante la Agencia de Desarrollo Internacional de los Estados Unidos de Norteamérica (USAID), en la cual se propuso el desarrollo de la cultura de mediación en nuestra sociedad civil, dicho proyecto culminó en septiembre de 1997 con la firma de un convenio de cooperación en donde el USAID canalizo una partida presupuestal para que se iniciara el primer Centro de Resolución de Conflictos, estableciéndose en Guadalajara Jalisco, siendo este centro los pioneros en la implementación de Resoluciones alternativas de controversias en México.

Su primer objetivo es el dar a conocer los mecanismos de solución de controversias para que estos sean acogidos entre la ciudadanía y dentro del gremio legal, así como por los profesionales de otras disciplinas. Por lo anterior ha organizado curso de adiestramiento para capacitadores en mediación, a cargo de la Fundación Libra de Argentina.

En este contexto se firmo el convenio de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial del Estado de Jalisco, con la finalidad de que se capacita a Jueces y Secretarios del Supremo Tribunal de Jalisco en la técnica de la mediación

En si no cuentan con un reglamento que regule en sus términos generales el procedimiento de mediación, sin embargo, cuentan con lo que ellos les llaman “pasos administrativos”, que consisten a grandes rasgos en ir a una entrevistas en donde se evalúa el caso se llena un cuestionario y se elabora una carta de invitación y de considerarse conveniente se cita a la contraparte, a la cual al comparecer se le explica el procedimiento de mediación y si esta de acuerdo se lleva a cabo con uno o dos mediadores dependiendo del caso. Antes de iniciar la mediación se firman acuerdos de confidencialidad y se explican los principios contemplados en el Código de ética de los mediadores integrantes del centro.

Este centro de resolución de controversias, único en México si está llevando procedimientos de mediación, que a la fecha sólo suman 5 casos, pero a pesar de su poca práctica constituye uno de los pocos esfuerzos por dar a conocer la cultura de la mediación en México. Es interesante conocer que el plantel de profesionistas que integran este centro lo constituyen abogados y psicólogos.

3.3 Centros de mediación Privados y comunitarios

La práctica privada de la mediación, como se vio en el capítulo anterior, comprende una relación contractual entre el mediador, o prestador del servicio y los participantes de la mediación.

La mayoría de las prácticas privadas en los países donde se ha desarrollado la mediación no reciben subsidios gubernamentales o especiales para ofrecer determinados servicios a una clientela en particular.

La mediación privada puede ser comercial, como una actividad profesional desarrollada por un solo mediador o bien integrarse con otros para formar entidades comerciales que pueden ser sociedades, asociaciones etc., por lo cual es recomendable que se cree un registro federal y estatal para la formulación, registro y estructura interna de estas entidades, así como para los mediadores particulares.

Las prácticas privadas de mediación por lo general constituyen un recurso de quienes, por razones relativas a la calidad, anonimato o status, no desean utilizar servicios de mediación pública, algunos de los cuales podrían ser menos costosos.

Esta práctica privada de la mediación tiene la ventaja de un mayor control y mayor flexibilidad que los programas anexos a las cortes, así como una mayor amplitud de funciones a realizar. Por lo que solamente se debe regular por el Estado la acreditación o licenciamiento de los mediadores, así como ciertos principios básicos en el *funcionamiento de centros privados de mediación*, dejando así a las partes la facultad para determinar el rumbo propio de su proceso.

Cabe destacar que los mediadores privados, individuales o colectivos, podrán participar en un proceso de mediación oficial, siempre que las partes los presenten a los juzgados y se cumplan con los requisitos establecidos para esto.

Por otro lado, tenemos a los centros de mediación comunitaria o la llamada mediación en del sector público. Aquí se encuentran todos los organismos creados y financiados por el Estado. Este tipo de mediación es solamente una alternativa, que se proporciona en agencias de sector público o instituciones para situaciones de conflicto.

Dado que la mayoría de las agencias públicas se ajustan a los acuerdos de financiamiento Estatal entonces el mediador no tiene que tratar con asuntos de pago, asimismo, debido a que los servicios de mediación públicos suelen tener subsidios y donativos pueden estar en mejor posición de ofrecer clínicas de mediación cubriendo ámbitos de conflicto mucho más amplios.

Los programas oficiales se pueden clasificar en aquellos que están basados en el sistema judicial, aquellos basados en programas comunitarios y los programas compuestos. Los primeros están normalmente promovidos por los tribunales de donde derivan un buen número de casos; los programas basados en la comunidad están patrocinados normalmente por un ente benéfico; sus pleitos son pequeños y originados fuera de los tribunales, e incluyen visitas domiciliares a las partes; por su parte los programas compuestos pueden estar apoyados por el gobierno y/o un ente benéfico. Sus casos proceden de diversas fuentes incluyendo el sistema judicial

En los Estados Unidos, existen una gran cantidad de estos tipos de Centros comunitarios o vecinales y la naturaleza de los asuntos tratados por dichos centros varían mucho, dependiendo de cada programa en concreto. Algunos programas se ocupan primordialmente o únicamente de casos criminales, otros tratan controversias civiles, entre las que figuran incumplimientos de contratos, así como quejas de consumidores y controversias vecinales

Ahora bien, los principios básicos de la mediación son absolutamente congruentes con su aplicación en un centro comunitario, y más aún una comunidad debe de incorporar medios alternativos de resolución de conflictos, no meramente como una forma de descongestionamiento de los tribunales, sino como un método de participación cívica e involucramiento de las partes.

La aplicación de la mediación en el ámbito comunitario no es, como se puede argumentar en contra, una privatización de la justicia, sino precisamente lo contrario es hacerla pública "sacándola de los espacios formalizados donde hemos sido privados de lo que nos es propio. Lo privado hoy día son los tribunales que nos enajenan, los procedimientos escritos de una justicia civil que nos aleja, la utilización de una jerga incomprensible para aludir a nuestros propios problemas"¹²⁰.

¹²⁰SCHVARSTEIN Leonardo, "La mediación en contexto", Mediación: una transformación en la cultura, Ed Paidós, Primera Edición, 1996 p. 232

La disponibilidad de instituciones externas a la propia comunidad, tales como los tribunales, la policía o el municipio, provocó en principio la delegación en ellas de la resolución de controversias vecinales. El crecimiento desmedido de las urbes, la concurrente burocratización de dichas instituciones apartó a los vecinos de la resolución de sus propios problemas, quedando desempoderados de la facultad de resolver sus propios conflictos.

La mediación en este contexto es procedente ya que se dirige a la resolución de conflictos que afectan la convivencia cotidiana, debiendo los vecinos participar en el diseño y control de estos programas, así como las agencias de servicios sociales, hospitales, escuelas, policías, autoridades municipales, tribunales

Un ejemplo de todo lo anterior lo tenemos en los Estados Unidos de América en donde ha sido tal la creación de centros de mediación que en el año de 1993 se estableció el *Dipute Resolution Directory*, que es un directorio publicado anualmente que aglutina información de los centros de solución de controversia, tanto privados como comunitarios.

En Australia se creó el Servicio de resolución de Conflictos (*The conflict resolution Service*) el cual es un centro de mediación comunitaria que percibe fondos del gobierno federal, proveyendo servicios de mediación en una gran variedad de tópicos y conductas. Este servicio está administrado por un comité de administración que está desarrollado por la comunidad y emplea mediadores entrenados, así como cuenta con un Código de conducta para los mediadores que determina lineamientos básicos del procedimiento de mediación.

Ahora bien, es necesario destacar que en la mediación pública y privada deberá de cuidarse la neutralidad de los mediadores, lo que se puede lograr con la creación de una Central de Mediación que establecería el listado de mediadores oficiales y los mediadores privados autorizados a actuar en una mediación oficial, así como los requisitos y mecanismos de control de esta actividad.

3.4 Propuesta de reforma

Durante los capítulos anteriores se han expuesto las ventajas que puede ofrecer el procedimiento de mediación, por lo que sería recomendable implementar en nuestra legislación, disposiciones que la fomenten y regulen.

En virtud de lo anterior, es necesario que nuestro ordenamiento jurídico se actualice y esté a la par de la evolución social, por lo que se debe regular la figura de la mediación antes de que se produzca el fenómeno de explosión de este medio resolutor, en donde se podría caer en una verdadera privatización de la justicia, sin ningún control.

Asimismo, la creación de un régimen legal para la mediación, servirá en un principio para crear una cultura de mediación, y al ser obligatoria se fuerza a las partes, no a su desarrollo, sino a su conocimiento.

Ahora bien, para poder instaurar una cultura de mediación en nuestro país se propone la creación de un régimen legal de la mismas, con organismos de control que regulen de la actividad de la mediación, así como la implementación de los sistemas de apoyo o ayuda a la negociación. Lo anterior puede ser como una inclusión en la etapa conciliatoria o bien al tratar de iniciar una demanda.

Además, se debe prever la posibilidad de coexistir con una mediación privada.

En este orden de ideas, todo proyecto de mediación anexa a juzgados debe de estar dirigido a aligerar la carga de trabajo de los mismos, por lo que será apropiado establecer que las partes no puedan acceder a la jurisdicción ordinaria sino hasta que hayan intentado o iniciado un proceso de mediación.

Lo anterior se debe regular de tal manera que no se rompa con dos principios, el primero el derecho a la jurisdicción ordinaria que implica el respeto a la garantía de audiencia y la garantía de un proceso justo y expedito, y el segundo el principio de voluntariedad de la mediación.

Asimismo, se debe tener en mente que el procedimiento judicial de mediación debe ser más rápido y menos costoso para las partes, ya que de lo contrario no sería práctica.

Este programa o normatividad de mediación, podrá ser piloto, es decir se aplicará en determinados circuitos judiciales, y será una norma educativa a la cual le deberá seguir la creación de programas de mediación vecinal, comunitaria, etc.

Al establecer como obligatorio, con sus excepciones, el proceso de mediación, las partes estarán obligadas a concurrir a la primera audiencia de mediación, en donde podrán o no expresar su consentimiento a sujetarse a él, y si se sujetan se da inicio a la mediación, si no se sujetan se les entrega una constancia y pueden proseguir con su acción. Esta es la propuesta mas agresiva, otra que podría ser un poco mas atractiva es el establecer como obligatoria el proceso de mediación en la etapa conciliatoria, pero al tener que presentar la demanda, la contestación, notificaciones etc. y poder acceder a la mediación hasta el momento de la audiencia previa de conciliación y excepciones podría dar pie a un sentimiento adversarial entre las partes, por lo que podemos observar que tendría mayor efectividad el primer supuesto.

La introducción de la mediación anexa a los tribunales requiere de la comprensión y capacitación de todos los actores para el ejercicio de nuevas conductas, asimismo los valores que subyacen en la mediación pueden chocar con la identidad del poder judicial, ya que en la primera la participación, el diálogo y la voluntariedad son sus elementos principales, mismos que chocan con el formalismo de la segunda, por lo que se debe realizar el proyecto de anexión considerando el choque entre dos formas de pensamiento.

Por lo anterior, si se quiere introducir la mediación anexa a los tribunales se deben resolver cuestiones de forma y de fondo.

De forma, por que cualquier metodología basada en supuestos básicos innovadores y diferentes, que se introduzcan en el marco de los viejos procedimientos, corre el riesgo de ser absorbida por el formalismo predominante.

De fondo, porque si los objetivos son acelerar la resolución de los casos, reducir las costas y los gastos para los tribunales y los litigantes, y proveer un proceso que sea justo y satisfactorio tanto para las partes como para sus abogados, se requiere un cambio de mentalidad de los actores y una adecuación normativa, no solo relacionada con la anexión de la mediación, sino en cuanto al funcionamiento del sistema en su conjunto.

Se requiere un aprendizaje que excede absolutamente el del ejercicio de una técnica, no solo deben cambiar los hábitos y las rutinas de los jueces y abogados, funcionarios y empleados, sino que ésta implica una modificación en el contexto organizacionales e institucional en el que estos cambios deben ocurrir. Se trata del aprendizaje de nuevas habilidades por parte de los actores y del aprendizaje del poder judicial como organización. Deben repensarse las pautas de interacción y comunicación entre las partes, los procedimientos que las ligan, los sistemas de información que las nutren, los espacios físicos que las albergan, los tiempos en que se encuentran.

Haciéndose cargo de todas las consideraciones enunciadas, las Autoridades competentes para introducir la mediación anexa a los tribunales deberán tener en cuenta, para el diseño del programa, los siguientes aspectos estratégicos:

- a) los tipos de causas o juicios en los que se incluirá;
- b) el momento del proceso en el que se propondrá como recurso;
- c) la forma de participación (voluntaria u obligatoria);
- d) el perfil y las calificaciones de los mediadores, incluyendo la integración de equipos interdisciplinarios;
- e) el rol de los abogados en el proceso;
- D la revisión de los acuerdos por los jueces;
- g) la regulación de los honorarios;
- h) las normas éticas que se establezcan.

Agreguemos que el problema de los cambios en las organizaciones no es de carácter meramente estratégico. También, y en la mayor parte de los casos con más énfasis, son las cuestiones tácticas las que permiten tener éxito si son adecuadamente previstas. En este caso podemos enumerar, también de manera no taxativa, los siguientes puntos por resolver:

- a) la administración de todos los recursos humanos (jueces, mediadores, funcionarios y empleados) involucrados en el programa, incluyendo los procesos de selección, inducción, compensación, capacitación y desarrollo;

- b) la relación sociodinámica (de poder) entre jueces, abogados y mediadores, configurada al inicio del curso a través de adecuados programas de capacitación conjunta y sostenida por medio de un programa de educación permanente;
- c) la planificación del programa de cambio;
- d) la presupuestación económica y la disponibilidad de recursos financieros;
- e) la estructura administrativa de soporte; una infraestructura física adecuada;
- g) los sistemas adecuados de seguimiento de causas;
- h) la evaluación de la eficacia del sistema en su conjunto y del desempeño de los participantes individuales, basada en el análisis cuantitativo y cualitativo, con adecuado soporte estadístico.

Un programa de esta naturaleza requiere de una amplia difusión a través de su promoción en los medios masivos de comunicación social. Tal requerimiento no puede ser cumplimentado por el poder judicial, debido al pudor que exhibe para hablar o escuchar hablar de sí mismo, por lo que es difícil imaginar una campaña externa e interna conducida por el propio poder judicial, destinada al esclarecimiento de las partes respecto a los beneficios esperables mediante la utilización de estas técnicas.

Por lo anterior, la responsabilidad de la difusión debe ser asumida entonces por el Poder Ejecutivo en coordinación con el Poder Judicial, que garantice la efectiva implementación del programa.

Lo táctico alude también al reconocimiento de la oportunidad. Hoy día los jueces han tomado conocimiento de la existencia de estos procedimientos y de su implementación en países desarrollados. Se están llevando a cabo en América latina programas piloto de capacitación y experiencia. La oportunidad, en términos de coyuntura, parece ser propicia.

Para que este programa funcione, debe surgir el reconocimiento, por parte de los propios funcionarios judiciales, de la inadecuación de la legislación procesal así como la tardada respuesta a las necesidades de los partes en un conflicto. Más allá de la imposibilidad de modificar esta situación por sí mismos, una opinión favorable de los jueces permite prever una acogida favorable a los nuevos cuerpos normativos que se están gestionando en los otros poderes.

Asimismo, este reconocimiento no debe ser entusiasta, y en cierto modo espontáneo, ya que se le debe agregar la necesaria cuota de reflexión y previsión en cuanto a las condiciones necesarias para su implementación. No es simplemente una nueva técnica lo que se requiere, sino la revisión de toda una organización que ha cristalizado en torno a prácticas obsoletas y que se ha mostrado en los últimos años manifiestamente incapaz de modernizar sus propias estructuras y procesos.

Ahora bien, todo marco regulatorio de la mediación deberá establecer lo siguiente:¹²¹

A) El procedimiento será voluntario para las partes, lo anterior como se desprende del análisis que se hizo de la mediación, siendo el carácter de voluntaria su principal característica.

Ahora bien, la obligatoriedad, no intenta ir en contra de la esencia de este medio alternativo, toda vez que lo único que pretende será que las partes concurren a la primera audiencia y conozcan qué es la mediación; si les interesa (aquí entra la habilidad del mediador de explicar claramente y persuadir a las partes de las ventajas de está) continuarán con las sucesivas audiencias, si no, pueden optar por el proceso tradicional.

Asimismo, se puede equilibrar el efecto que produce la obligatoriedad con el establecimiento de la posibilidad de que la mediación se pueda llevar por centros comunitarios o centros privados de mediación o bien por mediadores independientes, los cuales deberán contar con la certificación oficial y podrán actuar en mediaciones extrajudiciales y judiciales.

B) El procedimiento será absolutamente informal. Bajo este esquema, el procedimiento de mediación deberá ser acorde con la plena libertad del mediador, con lo que se le debe posibilitar de un marco similar, para que no sea el procedimiento una ligadura que le impida mediar, pero cabe agregar que también es cierto que el procedimiento de mediación se encuentra perfectamente estructurado en audiencias, vistas o Coloquios, y el acuerdo final si deberá ser por escrito.

¹²¹ WILDE Zulema, GAIBROIS Luis, op cit., p. 83

El procedimiento que seguirán los mediadores para la resolución de los conflictos no se encontrará sujeto a formalidades legales estrictas, estando limitado a cumplir con los principios básicos de voluntariedad, confidencialidad, y flexibilidad, mismos que pueden estar contenidos en algún reglamento de mediación de alguna institución administradora.

El procedimiento de mediación no podrá exceder de los sesenta días corridos en los asuntos patrimoniales, y de implementarse de quince días en los asuntos familiares, siendo ambos términos prorrogables por acuerdo escrito de las partes¹²².

Es así como el mediador se encuentra facultado en su cometido, hasta donde lo permite la voluntad negociadora de las partes, ya que solamente puede inducir soluciones. En ese cometido, tiene realmente, entera, completa y absoluta libertad de proponer fórmulas de solución que involucren hechos, actos, conductas, pruebas, documentos u otros aspectos que no están contemplados en el juicio o en la relación litigiosa.

C) Los plazos serán prorrogables a juicio y voluntad de las partes. En el propuesto proceso de mediación las partes que han acordado voluntariamente acudir ante este medio alternativo podrán prorrogar todos los plazos a los que están sometidas durante el transcurso de la misma.

Por otro lado, deberá incluirse una disposición en la cual se establezca que se suspende el correr de la prescripción con la actuación del proceso de mediación.

D) Las partes deberán concurrir personalmente a los actos que integran el procedimiento, asimismo, podrán concurrir a la mediación con o sin abogados, salvo que ya se haya iniciado un proceso judicial en cuyo caso se requerirá la presencia de los abogados.

E) Las actuaciones del proceso de mediación serán confidenciales, aún para los jueces de la causa. En este sentido el proceso de mediación deberá realizarse siempre a puertas cerradas; todo lo que se habla y se dice en las audiencias es confidencial, no se transcribe en un acta ni puede facilitarse información a la prensa.

¹²² IDEM

El mediador tampoco podrá difundir la que allí se diga, toda vez que la confidencialidad es una de las reglas básicas de la mediación. Por lo que la mediación deberá ser estrictamente privada. Inclusive si no se logra un acuerdo, la institución, Centro de Mediación o el mediador podrá hacer saber al juzgado interviniente en el pleito que la misma no tuvo éxito, por medio de una nota al juez, pero no puede informar sobre lo dicho ni sobre lo revelado por las partes.

Será recomendable establecer sanciones considerables para quien infrinja ese principio de confidencialidad, estando relevadas en los supuestos que se cometa un delito o bien se transgreda el orden público.

G) En el procedimiento de mediación, el rol del mediador se limitará a proponer a las partes soluciones posibles, quedando en poder de las mismas la decisión final. El mediador no resolverá el pleito, sino que coadyuvará a que las partes lo haga, ya que la principal función del mediador es ayudar a que las partes arriben a un acuerdo mediante la identificación de los temas involucrados, la exploración de las posibles bases sobre las que se va a asentar un convenio y las consecuencias de no llegar a un acuerdo mutuo.

El principal esfuerzo del mediador debe volcarse en lograr que cada una de las partes tenga en cuenta los intereses del otro, por ello es que la mediación tiene un inmenso potencial para facilitar soluciones, en casos donde los disputantes tienen una relación de largo tiempo atrás, pero no han podido arribar a un acuerdo por sus propios medios.

H) En la regulación de la mediación propuesta quedarán excluidas del ámbito de la misma todas las cuestiones penales.

I) Asimismo, en el proyecto propuesto se deberá incluir a los asuntos de orden familiar, y con mayor énfasis, toda vez que una mediación privada no podrá tratar estos asuntos, quedando así la única vía de la mediación oficial o anexa a los juzgados.

J) Los acuerdos arribados a través de la mediación deberán respetar en cada caso las limitaciones que establezca la ley de fondo.

En este sentido, toda norma que sea de orden público u otras situaciones jurídicas particulares, cuya declaración hecha por ley, no podrá ser vulnerada ni menos aún dejada sin efecto por acuerdo de las partes.

k) La conducta de los mediadores deberá regularse, ajustándose en las disposiciones administrativas, que para el mejor desarrollo y control de su gestión se establezcan. En este sentido se deberá reglamentar la conducta del mediador, creándose un organismo o Junta de mediadores oficiales, en donde su jefe deberá tener la facultad y por ende la responsabilidad del control de la conducta de los mediadores, determinara que casos encomendarles a él y al cumplimiento de las normas éticas a las que deberá estar sujeto el mediador.

Los mediadores, en el desempeño de sus funciones serán fiscalizados y evaluados por dicho jefe del cuerpo que se encontrara atento a su rendimiento y a los resultados de las técnicas utilizadas. Asimismo, el jefe del cuerpo producirá informes estadísticos que le permitirán confeccionar anualmente el diagnóstico y pronóstico del Programa de Mediación en el área respectiva.

Si bien uno de los fines de la mediación será el reducir los costos de la resolución de conflictos, la experiencia en otros países lleva a que el servicio no sea totalmente gratuito y que el arancel respectivo sea cuidadosamente decidido en función del acceso al centro de mediación y del tiempo empleado por el mediador. En este caso el jefe de mediadores o el ente que se fije, podría tener facultades para eximir en cada caso en particular de todo o parte del posible arancel que se fijara.

L) Se deben establecer sanciones pecuniarias para aquellas partes que participen en un proceso de mediación con el único fin de ganar tiempo o bien de obtener elementos de defensa o argumentos de ataque. Es decir a todo aquel que no participe de buena fe en un proceso de mediación.

En los juzgados de primera instancia, en caso de que el juez interviniente estime, en razón de la materia, de la situación jurídica o fáctica o del estado de la causa, que el pleito resulta apto para mediación, hará uso de sus facultades e invitara a las partes a participar de aquella. Pudiendo este mismo tratar de conciliar o bien en su caso de mediar el asunto.

En este orden de ideas, el juez dictará un auto en el cual ofrecerá a los litigantes la mediación como forma alternativa de resolución del conflicto, diciendo que la misma se llevará a cabo durante un plazo determinado.

Se puede otorgar en este mismo auto, o bien por separado un instructivo estandarizado preparado al efecto de detallar las características de esta institución.

Paso seguido el juez fijará el plazo que le parezca adecuado para llenar los formularios respectivos los que se pondrán a la vista en la Secretaría de acuerdos.

Cumplida esta etapa que culminara con la agregación al expediente de la copia del formulario firmado por las partes pidiendo el pase al Centro Judicial de mediación, el juez enviará el original de dicho formulario que contendrá los datos principales del conflicto, y en su caso las copias que estime necesarias al servicio de mediación o Cuerpo Judicial de Mediadores.

El trámite en el Centro de Mediación se podrá ajustar a las siguientes reglas: En la primera oportunidad que las partes concurran al Centro de Mediación se les reiterará la entrega del instructivo en el que se consignan las características esenciales de la mediación y las consecuencias jurídicas que se derivan de las mismas. Asimismo se le dirá el día y la hora de la primera reunión de mediación. Si concurre una sola de las partes, se citará a las restantes.

En esta primera reunión luego del discurso de apertura en el que se explicaran los derechos y deberes de las partes y del mediador, se firmará el convenio de confidencialidad, si las partes acordaron realizar este procedimiento, de lo contrario se llenara una cédula y se informará al juzgado, otorgándole copia de la cédula a las partes.

Luego de agotadas las reuniones necesarias se elaborarán una acta de finalización de la mediación con su resultado y el convenio –total o parcial- en la que se consignará también la cantidad de audiencias a las que concurieron los profesionales y la duración de las mismas, en su caso a los efectos de ser considerados el mérito de los trabajos en términos del arancel establecido.

En el término de veinticuatro horas, el Centro de mediación en su caso o bien el mediador pondrá en conocimiento del juez el resultado arribado y remitirá copia del acta de finalización de la mediación y, de haberse logrado el convenio respectivo firmado por las partes y el mediador.

En el caso de que no haya acuerdo sobre los honorarios devengados por esta actuación o sobre quien recaer su pago, el juzgado resolverá al respecto, asimismo fijará los montos, teniendo en cuenta el monto del acuerdo y los trabajos según corresponda.

El legajo o carpeta de la mediación que se formara en el Centro judicial de Mediación contendrá lo siguiente:

a) Formulario de solicitud de mediación con los datos consignados por las partes o por el tribunal y recibo del instructivo, b) convenio de confidencialidad, c) constancia de las notificaciones realizadas a las partes y a toda persona citada, d) constancia de las reuniones celebradas con la mención de la fecha, hora de iniciación y finalización y personas presentes, e) toda otra diligencia practicada, f) acta de finalización de la mediación, g) constancia del seguimiento del cumplimiento del acuerdo.

3.5 Los mediadores oficiales y el Cuerpo de Mediación judicial.

Continuando con la idea de la implementación de una regulación de la mediación, deberá crearse un Cuerpo de mediadores judiciales.

El cuerpo de mediación será un órgano integrado al Poder Judicial de la Federación que contará con una Junta de Gobierno compuesta por dos magistrados de la Suprema corte de Justicia, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, dos funcionarios públicos designados por el Ejecutivo, y dos representantes del Poder legislativo.

La función de este cuerpo de mediación será el regular, vigilar y en su caso sancionar a los mediadores, por lo que tendrá la facultad conjuntamente con la Secretaría de Educación Pública de establecer los requisitos y capacitación que deberá contar una persona para poder desempeñarse como mediador, tanto oficial como privado.

Este cuerpo de mediación manejará las listas de mediadores oficiales, así como de centros de mediación o mediadores privados que se les haya otorgado una licencia, asimismo revisará los programas de capacitación de los mismos.

Este órgano será el responsable de asignar a cada caso el mediador mediante un sorteo, así como aprobará la designación de las partes del mediador privado.

En este orden de ideas el Cuerpo de mediación tendrá también la obligación de formular estadísticas y reportes en cuanto al avance de la mediación en nuestro sistema jurídico, en este sentido se debe implementar la obligación a los mediadores privados o centros de mediación privados de informar si se llegó a un acuerdo, monitoreando su cumplimiento.

Este cuerpo de mediaciones administrará la matriculación de los mediadores independientes y de los Centros de mediación, otorgando la misma de conformidad a criterios de preparación.

En este sentido, dicho cuerpo deberá ser el responsable de desarrollar y vigilar la implementación de programas de mediaciones vecinales, o de barrio, de mediaciones itinerantes, de programas de mediación – conciliación en donde actué a petición de la causa en cualquier estado en que la misma se encuentre. Así como en la mediación legal que antes se desarrolló

Los integrantes de este cuerpo de mediadores estará constituido, en un principio, por abogados quienes deberán contar por lo menos con 5 años en el ejercicio del derecho y además de ser capacitados en la materia de la mediación; en un futuro la plantilla de mediación deberá estar integrada por personas que cuenten con una certificación, o en su caso título reconocido por la Ley de Profesiones.

3.5. Texto del proyecto de reforma.

En materia civil se propone adicionar en el artículo 272- A del Código de Procedimientos Civiles del D.F. y su correlativo en el Código Federal de Procedimientos Civiles, en materia Mercantil se propone incluir en el artículo 1051 del Código de Comercio, lo siguiente

ARTICULO 272-A¹²³

Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvenión el juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia de mediación previa dentro de los diez días siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el término de tres días.

¹²³ Las modificaciones propuestas están en negrillas.

Las partes deberán acudir a la primera audiencia de mediación, en donde el mediador expondrá y repartirá a cada una de las partes el legajo de mediación. Esta primera audiencia de mediación se tramitará después de que el reclamante haya presentado a través de un formulario su solicitud de mediación o bien que el juez de la casa lo refiera. Si no compareciere alguna de las partes a la primera audiencia será acreedor a una multa. Si una de las partes no concurre sin causa justificada, el juez la sancionará con una multa hasta por los montos establecidos en la fracción II del artículo 62 de este código. Si dejaren de concurrir ambas partes sin justificación, el juzgador las sancionará de igual manera. La primera audiencia se deberá a los 10 siguientes días de la designación del mediador por medio de sorteo, o bien de la designación de las partes de un mediador certificado.

Artículo 272-B No es obligatoria la mediación en los juicios en donde el Estado sea una de las partes en conflicto, o bien, a juicio del juez o del propio mediador exista un desequilibrio entre las mismas. El proceso de mediación es optativo en los procesos ejecutivos y en los de arrendamiento.

Artículo 272-C El demandante debe presentar el Formulario de Pretensión en la oficialía de partes común, en donde se pasará al cuerpo de mediación el cual sorteará el mediador y confirmará el juzgado que luego entenderá de la litis en caso de no haber mediación. Se notificará al mediador elegido y se le entregará el Formulario de Pretensión, la cual será dentro de los 10 días siguientes desde que el medido toma conocimiento.

En el caso de ser un mediador que no pertenezca al Consejo de mediadores, este deberá de contar con el reconocimiento oficial y deberá presentarse ante el Consejo de mediadores para que reciba y elabore la cédula de mediación. El mediador elabora la cédula de mediación la cual será notificada a las partes para que acudan a la primera audiencia.

Las partes podrán establecer contacto con el Mediador antes de la audiencia para hacer conocer al mismo de sus pretensiones, pero el mediador debe informar a las partes de la visita que hayan realizado.

Artículo 272-D El mediador de oficio a petición de la parte puede citar a terceros si advierte que es necesaria su participación en la mediación. Las partes y los terceros deben comparecer personalmente a la primera audiencia de mediación.

Artículo 272-E En la primera audiencia de mediación el mediador explicará a las partes en qué consiste el procedimiento, las exhortará a sujetarse a él. Una vez realizado lo anterior, las partes voluntariamente expresaran su consentimiento en sujetarse a la mediación firmando así un documento que contendrá los elementos, obligaciones y derechos de cada una de las partes, así como se establecerá la opción de implementar los Caucus.

En este supuesto, el tiempo de mediación durara hasta 60 días corridos desde la última notificación. Reduciéndose a 30 en los juicios ejecutivos y de arrendamiento. Las partes podrán prorrogar dicho plazo por acuerdo mutuo hasta por dos ocasiones indefinidamente.

En el supuesto en que las partes hayan comparecido personalmente podrán optar por no sujetarse al procedimiento de mediación, con lo que el mediador expedirá una constancia y la entregará a las partes, la misma que servirá para poder iniciar o continuar con el proceso legal.

En la primera reunión de mediación las partes y el mediador suscribirán un acuerdo de confidencialidad. Este convenio impedirá que lo dicho o los hechos conocidos por los que integran en las sesiones trasciendan del marco de la mediación y puedan ser utilizados en juicio.

Lo anterior se releva cuando el mediador toma conocimiento de la existencia de violencia en contra de un menor, violación o estado de peligro del mismo, o bien de la tentativa o comisión de un delito que de lugar a la acción pública.

Artículo 272E.- El mediador podrá dentro del plazo de la mediación citar a las partes a todas las audiencias que crea conveniente. Si la mediación fracasare por la incomparecencia de cualquiera de las partes a la primera audiencia, cada uno de los incomparecientes deberá abonar una multa equivalente a dos veces la retribución básica del mediador.

Asimismo, el mediador podrá implementar las juntas individuales o Caucus que sean necesarias, siendo requisito indispensable que se haya acordado esto en el inicio de la mediación.

Artículo 272-F Las partes habiendo comparecido personalmente podrán dar por terminado en cualquier momento el procedimiento de mediación, con lo que el mediador expedirá la cédula de mediación correspondiente

Una vez realizadas las audiencias necesarias de mediación si se ha llegado a un acuerdo el mediador comunicará el resultado al Cuerpo de mediación para que se lleve una estadística. Las partes en su caso pagaran la retribución al Mediador, estableciéndose un monto reglamentariamente.

Se firmara el acuerdo de mediación el cual deberá acompañarse de la cédula de terminación y remitirse al juez de la causa para que lo apruebe, teniendo eficacia de cosa juzgada. Si la causa hubiese sido enviada por un tribunal, se le informará sobre el resultado de la mediación en el término de 24 hrs terminada la misma y en su caso se le remitirá el convenio instrumentado. En caso de incumplimiento de lo acordado, el Juez designado lo podrá ejecutar mediante el procedimiento de Ejecución de Sentencia o bien por la vía de apremio. El juez a su vez notificara al Cuerpo de mediadores y al Ministerio de justicia la iniciación de la ejecución del acuerdo.

Artículo 272-G En el supuesto de que no se llegue a un acuerdo el mediador entregara una copia de l acta con constancia del resultado de la mediación a las partes, las que pueden iniciar la acción judicial con la constancia del resultado de la mediación. En este supuesto el fondo de financiamiento pagara la retribución del mediador de acuerdo con las condiciones establecidas en el reglamento

Artículo 272-H Los mediadores deberán ser abogados y adquiera capacitación y actualización de conformidad con los programas aprobados por el Consejo de Mediación. Tanto los mediadores, como las partes tendrán como pena por no cumplir con la confidencialidad del proceso de mediación una multa de ___ días de salario mínimo. El mediador deberá excusarse de participar en una mediación si tuviera con cualquiera de los que intervengan una relación de parentesco, amistad íntima, enemistas, sociedad, comunidad, juicios pendientes, o cuando sea acreedor, deudor o fiador de alguno de ellos, cuando hubiera asistido a alguno de ellos profesionalmente, o haya emitido dictámenes u opinión respecto del pleito o si existieran otras causales que a su juicio le impongan abstenerse de participar en la mediación por motivos de decoro o delicadeza, si se presenta algunos de estos supuestos el Consejo de Mediación asignará a otro mediador para el caso.

En ningún caso el mediador podrá asistir profesionalmente a las partes luego de terminada la mediación, cualquiera que fuera su resultado.

Artículo 272-J Las partes serán acreedoras a una multa de ___ días de salario mínimo por la incomparecencia a la primera audiencia. Una multa de ___ días de salario mínimo por el incumplimiento del acuerdo de transacción, así como una multa de dos veces lo sentenciado, si se desistió de la mediación y se obtuvo una condena menor en el juicio tradicional.

Los terceros que acudan a una mediación serán acreedores a Una multa de ___ días de salario mínimo por incomparecencia a la primera audiencia, una multa de ___ días de salario mínimo por incumplimiento del acuerdo transacción que lo involucre, y una multa de __ por revelar lo expuesto en una mediación.

Artículo 272-K La retribución al mediador se establecerá en una suma fija reglada de en un arancel o bien por acuerdo de las partes.

En el supuesto de que se de un acuerdo, las partes dividirán el costo de la mediación, o bien podrán solicitar que el Fondo de financiamiento las cubra.

En el supuesto de que no se haya dado un acuerdo el fondo de financiamiento pagara la mediación, integrándose a las costas del juicio posteriormente.

Artículo 272-L El proceso de mediación suspende el plazo de la prescripción desde el momento en el que se formalice lo que se refiere al artículo 4.

Artículo 272-M El mediador podrá utilizar supletoriamente las disposiciones legales aplicables al caso.

Artículo 272-N El mediador, las partes así como cualquier tercero involucrado en el proceso de mediación, están obligados a no divulgar lo que en el se revelo, y de no hacerlo así se sujetaran a una multa de ___ días de salario mínimo

En materia mercantil el artículo 1051 del Código de Comercio deberá de decir:

ARTÍCULO 1051 "El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un procedimiento convencional llevado ante los particulares o ante tribunales estatales."

Si las partes optaran por el procedimiento de mediación deberán atenderse a lo siguiente, (aquí se repite el contenido de los artículos 272-A a 272-N), "

Ahora bien, como ya se trató en el capítulo II, la mediación privada puede tener obstáculos en cuanto a su eficacia en la ejecución forzada de un acuerdo de mediación, por lo que se propone que la vía de apremio se haga una reforma y se incluya como factible la vía de apremio en los casos de haber llevado una mediación y que finalice con una transacción elevada a escritura pública, con lo que se elimina la necesidad de que se tenga que aprobar por un juez el convenio de mediación privado.

Por lo anterior el artículo 500 del Código de Procedimientos Civiles y su correlativo Federal deberá decir:

ARTICULO 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 el juicio, o **en un procedimiento de mediación que termine en una transacción contenida en una escritura pública** ya sea por las partes o por terceros que hayan venido al juicio por cualquier 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.

Por su parte el Código Federal de Procedimientos Civiles deberá de ser modificado en los artículos 407, 571 para decir lo siguiente:

ARTICULO 407. - Motivan ejecución:

I.- Las sentencias ejecutoriadas;

II.- Los documentos públicos que, conforme a este Código hacen prueba plena;

III.- Los documentos privados reconocidos ante notario o ante la autoridad judicial, y

IV.- Los demás documentos que, conforme a la ley, traigan aparejada ejecución.

V.- Los convenios alcanzados en un procedimiento de mediación que consten en escritura pública.

ARTICULO 571. - Las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial, resoluciones jurisdiccionales dictados en el extranjero, así como los convenios celebrados en un procedimiento de mediación, podrán tener fuerza de ejecución si cumplen con las siguientes condiciones:

El anterior problema se puede salvar en materia mercantil con la posibilidad de que un acuerdo de mediación, (transacción) en un procedimiento de mediación particular sea ejecutable como un laudo arbitral, por lo que se propone que adicionar al Código de Comercio un artículo 1053-A que diga lo siguiente:

ARTÍCULO 1053-A “ El acuerdo obtenido mediante un procedimiento de mediación ya sea privada o judicial, será reconocido como cosa juzgada y vinculante para los participantes en el mismo y será ejecutado de conformidad con las disposiciones contenidas en el Capítulo IX Título Cuarto de Este Código, siempre y cuando sea reconocida ante la autoridad judicial a fin de que no si no se contravienen las disposiciones de orden público ni se afectan derecho de terceros tengan la autoridad de cosa juzgada”.

CONCLUSIONES

1.- Toda relación humana nace como resultado de la iniciativa de los miembros de una sociedad para satisfacer entre ellos algunas de sus necesidades, estos vínculos o interrelaciones deben estar reguladas por el Derecho, realizándose en un marco de equidad y justicia.

En toda relación humana existe un choque de intereses, de fuerzas, las cuales pueden ser mantenidos en equilibrio, con lo que se cumple la finalidad de la relación, o bien puede generarse un desbalanceo, generando así un conflicto.

En un conflicto o litigio se presentan dos posturas antagónicas, subjetivas, ya que las partes tienen para sí una realidad propia, una versión personal, por lo que es necesario que al existir una ruptura en un vínculo las dos posturas subjetivas lleguen a un planteamiento objetivo que se materializa mediante la comunicación y negociación, lograda por la participación de las partes.

2.- Los medios resolutores de conflictos se pueden clasificar en tres: Autodefensa, Autocomposición, y Heterocomposición.

3.- La actuación espontánea del Derecho ante un conflicto debiera ser la regla general y los particulares deberían utilizar la negociación y los medios extrajudiciales para resolver un conflicto, pero en la actualidad la regla general es la resolución del conflicto por la vía procesal, mientras que la excepción es el arreglo directo. Lo anterior, se explica observando la evolución de la justicia, que en un principio correspondió a los propios implicados, los cuales buscaban el restablecimiento de la relación por medio del uso de la fuerza a la parte ofendida; posteriormente se evolucionó y se buscaba justicia por compensación en donde se resarcía el daño en una forma directa.

Con el paso del tiempo y debido a la complejidad de las relaciones humanas se buscó que un tercero ajeno a la controversia diera la solución al caso, en una función de *Auctoritas*, por lo que dicho tercero resolvía con la suficiente fuerza moral para vincular a las partes al resultado obtenido.

Sin embargo, al surgir el Estado, este toma como propio el instrumento resolutor de controversias y adquiere el papel del tercero componedor mediante una relación de *Potestas*, por medio de la cual vincula con la fuerza necesaria a la sentencia producida por él. En este sentido, el Estado monopolizó la función de resolución de controversias, utilizando

la ley como instrumento por el cual se legitimara y a la vez produjera la coacción pública de obediencia, por lo que los procesos se vieron totalmente formalizados y se hicieron a un lado los medios privados para solucionar conflictos, perdiéndose el aspecto de comunicación y negociación entre las partes.

Este sistema esta en crisis, puesto que no toma en cuenta la parte subjetiva del conflicto, impone modelos de solución por un tercero que no tiene contacto alguno con las partes en un conflicto y aunado a que la globalización que se esta presentando genera una necesidad de respuestas mas flexibles y prontas, se ha convertido en un sistema de impartición de justicia obsoleto.

Es por esto que el Derecho debe ser el instrumento que permita y facilite la comunicación directa entre las partes en un conflicto, por lo que deberá fomentar el uso de mecanismos alternativos, autocompositivos o heterocompositivos, de solución que permitan desarrollar la comunicación entre las partes en un conflicto.

4.-Los medios alternativos de solución de conflictos son procedimientos, públicos o privados, destinados a resolver controversias, por medio de la intervención de un tercero, el cual puede actuar de forma directa o indirecta, la primera, resolviendo el conflicto mediante una solución que puede o no tener efectos vinculativos entre las partes, la segunda sirviendo como un elemento de enlace entre las partes; o bien por las propias partes, mediante la aplicación de técnicas y practicas que fomentan la comunicación y el intercambio de posturas en un ambiente no adversarial

5.-Los medios alternativos de solución de controversias se caracterizan por:

- Son procesos enfocados a restaurar y construir confianza entre las partes
- La resolución va en busca de una satisfacción del interés de ambos participantes
- El procedimiento y resolución no esta regida por formalismos, siendo procesos más flexibles.
- Son procesos que permiten una mayor confidencialidad, especialidad y rapidez.
- Son procesos que permiten a su fin que la relación entre las partes se conserve
- No son sustitutos de la actividad jurisdiccional, son alternativos, toda vez que dejan la posibilidad de que las partes puedan acudir a la autoridad jurisdiccional
- Son procesos en los que interviene un tercero ajeno a la controversia, sirviendo como enlace entre las partes o bien dando una resolución al caso concreto, asimismo, son procesos en donde las partes por si solas llegan a la solución del conflicto.

- La resolución que se obtiene puede o no ser vinculativa para las partes, dependiendo de los alcances que las mismas le hayan dado a su acuerdo
- La resolución que se obtiene es más factible que se cumpla voluntariamente y tiene un mayor grado de ejecución, puesto que son las propias partes las que lo realizaron cuando es un medio autocompositivo o bien si es heterocompositivo, las partes eligieron al tercero que definiría su situación.

6.- Las desventajas que pueden presentar los medios alternativos de solución de conflictos son:

- No son medios que resuelvan la totalidad de las controversias, por lo que no se pueden considerar como sustitutos ni universales.
- Si son mal implementados y se convierten en una práctica genérica e institucionalizada se puede caer en una privatización de la justicia que se preste muchos más vicios y vaguedades
- Puede haber desequilibrios entre las partes, lo que generaría un menor poder de negociación y comunicación con lo que se podría llegar a un acuerdo que no fuera justo para ambas partes.
- Pueden presentarse problemas al momento de hacer ejecutable un acuerdo alcanzado por estos medios
- Se puede caer en una concepción de que son sustitutos de la función social y resguardo que realizan los tribunales, de los principios y valores plasmados en la Constitución y las Leyes
- Se puede observar una falta de respeto de las formalidades esenciales del procedimiento.
- Pueden ser utilizados como un medio para buscar información o para entorpecer un juicio

7.- La mediación es un medio alternativo de solución de conflictos que refleja la capacidad y el protagonismo del hombre para resolver sus conflictos reconociendo a la otra parte no como un enemigo sin un ser que tiene las mismas necesidades, siendo así uno de tantos medios alternativos para el manejo de un conflicto cuyo uso podría descongestionar la actividad judicial.

8.- La mediación es una adaptación de medios alternativos que han estado a través de los siglos con el hombre, por lo que podemos adentrarnos en sus antecedentes históricos y observar su utilización desde las primeras civilizaciones, desarrollándose para culminar ya como un proceso estructurado en los últimos 50 años, teniendo su principal auge en los Estados Unidos de América.

9.-Definiremos a la Mediación como un proceso por medio del cual un tercero neutral asiste a dos o mas partes en conflicto, poniéndolos en contacto y estableciendo una comunicación entre ellas para lograr resolver sus diferencias mediante un acuerdo voluntario y negociado, utilizando este tercero o mediador una gran variedad de métodos y técnicas para ayudar a las partes, sin tener esté último poder de decisión para emitir una resolución vinculante para las partes.

10.- Las características y ventajas de la mediación son:

- Es un procedimiento alternativo al procedimiento jurisdiccional actual, el cual puede ser privado, llevado a través de centros de mediación o mediadores independientes, o bien, público, llevado como un sistema anexo a los tribunales.
- Es un proceso que busca que la causa esencial del conflicto sea entendida por los participantes, y por medio de la aplicación de técnicas de negociación se reduzca a un nivel manejable que permite el llegar a un acuerdo.
- En la mediación no existe el sentimiento de antagonismo o de un proceso adversarial, al contrario se genera un proceso que destaca por su comunicación y buena fe.
- Es un proceso voluntario en donde las partes en un principio deciden si quieren o no involucrarse en un proceso de mediación, asimismo, pueden poner fin a este proceso cuando lo deseen o bien cuando el mediador lo considere necesario. Este principio también se aplica en la mediación anexa a los juzgados, toda vez, que solo es obligatoria la asistencia a la primera audiencia en donde las partes decidirán si continua o no con el proceso de mediación.
- Es un proceso flexible, toda vez que las partes son las que moldean las reglas del procedimiento, es decir es un procedimiento personalizado
- Es un proceso confidencial, con lo que las partes podrán expresar sus intereses y puntos de vista en un marco de confianza por que están consientes de que nada de lo que se diga en un procedimiento de mediación puede ser usado en su contra. En este sentido la información que intercambian las partes deberá estar protegida de una divulgación sin consentimiento.
- Es un proceso rápido, termina una controversia a lo mucho en un par de meses y la mayoría de las sesiones de mediación duran entre unas horas y un día

- El acuerdo que se alcanza generalmente tiene un mayor grado de cumplimiento, toda vez que fueron las partes las que lo elaboraron y permite crear soluciones mas amplias de las que se darian en una sentencia.

11.- La mediación puede presentar ciertas desventajas si esta limita el derecho a acceder a la justicia, es decir si se convierte en un medio sustitutivo y no alternativo, asimismo, la mediación puede tener problemas en cuanto a la ejecución del acuerdo llevado a través de este procedimiento, y también puede presentar ciertos problemas en cuanto a la disparidad de facultades y posibilidades entre las partes, puesto que esto podría generar una injusticia al elaborar el acuerdo de mediación.

12.- La mediación es muy recomendable en los siguientes conflictos:

- Cuando las partes puedan beneficiarse por la continuación de su relación después de que el conflicto es resuelto, como puede ser en las relaciones comerciales.
- Cuando una de las partes desea mantener o aumentar su reputación como un buen socio comercial.
- Cuando el costo del procedimiento ordinario o el arbitraje es muy alto.
- Cuando el conflicto se centra en hechos complejos los cuales pueden ser apreciados por personas del medio, familiares con los procedimientos y la naturaleza técnica de los procesos, más allá de lo que podría comprender un abogado o un juez, es decir, en la mediación se puede escoger un mediador que tenga una especialización en cierta área, determinante para el buen desarrollo del acuerdo.
- Cuando ninguna de las partes requiere sentar un precedente o que se sancione de alguna manera un aspecto legal.
- Cuando la ley no puede proveer el remedio o solución que uno quiere.
- Cuando uno quiere terminar un problema y no una relación.
- Cuando uno quiere minimizar los costos.
- Cuando uno quiere solucionar los conflictos de una manera rápida.
- Cuando se quiere evitar el establecimiento de un precedente legal. Uno podrá evitar un precedente legal desfavorable, particularmente cuando las oportunidades de victoria en un juzgado sean pocas y las consecuencias de una decisión desfavorable sean sustanciales.
- Cuando se tiene dificultad para iniciar una negociación o no se tiene habilidad en las mismas.
- Cuando se quiere evitar publicidad,

La mediación es recomendable en aquellas controversias en donde la relación futura de las partes es elemental y en donde no existe entre ellas un desequilibrio de poder, por lo que es recomendable en relaciones de negocios de tracto sucesivo y a largo plazo.

13.-La mediación puede ser el mecanismo resolutor de una gran cantidad de conflictos, sin embargo no es recomendable su utilización cuando:

- Las partes no tienen interés en llegar a un acuerdo o no están en condiciones de considerar una posible avenencia.
- La lentitud del proceso favoreciera en mucho a una de las partes
- Cuando el actor quiera obtener sumas colosales
- Cuando surjan cuestiones de orden público o bien se trate de una materia considerada como de única competencia para los tribunales estatales (transacción en materia familiar)
- Cuando se desee establecer un precedente judicial
- Si existe entre las partes una clara y marcada diferencia económica
- Cuando la posición de una de las partes es en extremo débil y será vencida sin ninguna dificultad en un juicio regular
- Si una de las partes niega a mediar

14.-La mediación y la conciliación son medios de solución de controversias que coinciden en que emplean técnicas para solucionar un conflicto en donde un tercero logra reunir a las partes en conflicto para que estas lo solucionen. Sin embargo, la conciliación y la mediación son figuras distintas, puesto que en la mediación el mediador no solo arrima posiciones desde la perspectiva del objeto, sino que facilita la comunicación entre las partes, no se detiene en el contenido del problema, mientras que en la conciliación el conciliador está limitado a concentrarse en los hechos y puntos legales de la disputa sin poder extenderse. En la conciliación el conciliador propone soluciones sin establecer un contacto profundo con el conflicto, en la mediación el mediador podrá proponer soluciones si así lo considera necesario, pero generalmente solo establece el camino para que las partes puedan llegar a un acuerdo.

En nuestro país, se identifica la figura de la mediación dentro del contexto público u oficial, mientras que la conciliación puede ser identificada como un medio totalmente privado.

15.- La mediación y el arbitraje se distinguen en que la primera disminuye la hostilidad que puede resultar del litigio, así como no es solemne ni ritualista, la mediación tiene un sentido cooperativo, las partes son las que llegan al acuerdo, mismo que no es vinculante por sí solo. En cambio en el arbitraje el procedimiento es más parecido al procedimiento común, es decir adversarial, y las partes estarán sujetas y obligadas a cumplir lo que decida el tercero imparcial.

16 El proceso de mediación puede tener su origen en tres causas, la primera sería una cláusula compromisoria contenida en un contrato, la segunda en un acuerdo entre dos partes cuando el conflicto está presente, y tercero, la remisión que realice un juez en un proceso tradicional.

17.-La naturaleza de la cláusula compromisoria de mediación, así como de los acuerdos preliminares de mediación, son contratos preparatorios, autónomos, en el que las partes asumen la obligación de elaborar un determinado contrato futuro, que en la especie sería el de un acuerdo de mediación definitivo. En este sentido a estos contratos le son aplicables las disposiciones relativas al contrato de promesa.

18.- La cláusula compromisoria de mediación se diferencia de la de arbitraje en que la primera no implica la renuncia a la jurisdicción ordinaria, y no limita la materia del proceso, ni obliga a las partes a cumplir con lo establecido en un laudo.

19.-Un contrato de mediación o acuerdo de mediación definitivo es un acto jurídico por medio del cual las partes que tienen un conflicto ya presente, o bien por el cumplimiento de una cláusula compromisoria o un mandato judicial se comprometen a someterse a un proceso de mediación con el fin de solucionar su controversia. En dicho acuerdo de mediación las partes definirán los criterios de mediación, es decir lo relativo a la revelación de informaciones, tratos confidenciales, la forma de pago y honorarios del mediador, la duración de las sesiones, la forma en que el mediador actuara en caso de que los participantes se sientan incapacitados para tomar una decisión, la participación del mediador en forma individual o en un Coloquio con las partes, etc.

16.-El mediador es un tercero que controla el proceso, interpreta las preocupaciones, distribuye información y genera las condiciones óptimas para que las partes lleguen a un acuerdo, este no tiene el poder legal para pronunciar una sentencia o laudo ni representa a las partes, no está limitado por los formalismos procesales. Es el encargado de ser un enlace en la comunicación, un creador de soluciones, es quien facilita la discusión entre las partes.

17.-Un mediador para poder desempeñarse como tal deberá contar con la capacitación reconocida por las autoridades que para tal efecto se señalen como competentes, estableciendo una certificación la Secretaría de Educación en conjunto con el Consejo de Mediación o el órgano designado por el poder judicial para desempeñar la función de revisión y control de los mediadores.

18.- El mediador celebrará un contrato con las partes, en el cual deberá hacer mención de los criterios de mediación, así como de las funciones que desempeñara el mediador en el proceso. Este contrato participa de la naturaleza de un contrato de prestación de servicios profesionales, por lo que estará regulado en su totalidad por las disposiciones aplicables a este último.

19.- Las etapas de un proceso de mediación son las siguientes:

- Introducción
- Planteamiento de hechos y declaraciones de los participantes
- Discusiones conjuntas
- Coloquios o negociaciones por separado
- Negociaciones conjuntas y toma de un acuerdo
- Redacción de un acuerdo.
- Revisión y proceso legal

En la etapa introductoria de la mediación, el mediador evalúa las actitudes de los participantes, revisa los criterios de mediación y recaba la información pertinente sobre el conflicto y los participantes, el mediador presentara a las partes los planes de trabajo. En esta etapa introductoria el mediador explica los principios básicos de la mediación e insta a las partes para que continúen adelante, si es este el caso las partes firmarán el acuerdo de mediación, si es que no lo han celebrado antes, y realizan el contrato de prestación de servicios con el mediador.

En la segunda etapa de la mediación se determina la naturaleza de los conflictos, y se ubican los mismos, así como la intensidad y rigidez de posiciones, señalando los hechos importantes y aislando los verdaderos problemas.

La tercera etapa de la mediación consiste en las discusiones conjuntas, en donde las partes articularan las opciones que conocen y desean y desarrollarán nuevas.

La tercera etapa de la mediación la constituye el Caucus o las reuniones privadas; estas son llevadas a cabo con la finalidad de que el mediador pueda hablar y discutir información que no podría estar presente el otro participante. Lo anterior se realiza para que el mediador tenga una visión más completa del conflicto, así como podrá discutir con cada una de las partes sus puntos fuertes o débiles de su posición y podrá sugerir ideas para llegar a un acuerdo. Para que se realicen este tipo de reuniones debe estar pactado previamente en el contrato o acuerdo de mediación, en donde también se señale si la información aquí descubierta puede ser utilizada y pasada a la contraparte.

La quinta etapa de la mediación consiste en las negociaciones conjuntas, las cuales tendrán lugar después de los intercambios de información, posturas y hechos realizados durante las etapas anteriores. En esta etapa las partes tienen una visión de su contraparte más realista, así como enfocan más objetivamente sus propuestas, pudiendo ellos comenzar la negociación y el intercambio de posturas.

La sexta etapa es la toma de decisiones y redacción de un acuerdo, aquí los participantes deben elegir una opción de las discutidas en la etapa anterior, y la función de esta sexta etapa es producir un documento que señale claramente las intenciones de los participantes y su conducta futura.

20.-El acuerdo de mediación puede gozar de la naturaleza de un convenio judicial, si este es alcanzado en un procedimiento de mediación que se ha referido por el juez de la causa, o bien tendrá la naturaleza de una transacción si es un acuerdo celebrado en un procedimiento de mediación privada, por lo que se regirá por las disposiciones aplicables a los anteriores.

El acuerdo de mediación puede hacerse exigible al ser aprobado por el juez de la causa que refirió, teniendo la fuerza de un convenio judicial y por lo tanto de una sentencia. Por su parte en una transacción llevada a cabo en una mediación privada, en donde no existe juicio pendiente, podrá ser ejecutada por la vía de apremio que señala el artículo 500 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal o su correlativo en materia federal, si es en materia civil, o bien por un juicio ejecutivo mercantil de conformidad con el artículo 1391 fracción VIII del Código de Comercio.

21.-La implementación de un sistema alternativo de solución de controversias debe contar con dos fases; preventiva, en la que se fomente el uso de cláusulas compromisorias de mediación, así como la instrucción en foros, universidades etc.;

y solucionadora, mediante la implementación de normas y regulaciones de mediación en donde se establezca un sistema anexo a los tribunales.

Este programa anexo a los tribunales ya se ha establecido con éxito en Estados Unidos, Argentina, España, Australia, Colombia, entre otros, estableciéndose como un procedimiento contenido en una audiencia previa, o bien como un requisito indispensable de acudir antes de pasar a ejercitar la acción judicial.

Dentro de un programa de mediación, deberán existir organismos y mediadores privados que deberán ser reconocidos por el Estado para poder desempeñar un procedimiento de mediación oficial así como uno privado, para estos efectos, deberá crearse un Cuerpo de Mediadores Oficiales, a los que se les encargara la realización de los procedimientos oficiales si no acude un mediador privado.

22.- En México, la cultura de la mediación esta comenzando a gestarse, tendiendo ejemplos oficiales en los estados de Quintana Roo y Nuevo León, en donde se ha reconocido legalmente la posibilidad de acudir a la mediación, cumpliendo con lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, asimismo, podemos observar que existen centros privados de mediación, dentro de los cuales solo el CENAVID está llevando a la práctica la mediación.

23. - El procedimiento de mediación deberá ser regulado con la finalidad de que obtenga mas fuerza y eficacia en su implementación con lo que se da una respuesta a la necesidad de una justicia más expedita adecuada para las partes, por lo que el reconocimiento de este medio en la ley deberá ser esencial para su desarrollo y éxito. Por lo anterior, es necesario crear una normatividad aplicable que reglamente este tipo de procedimientos, o bien, una postura mas sencilla será acoplar la normatividad vigente para darle cabida a este medio, por lo que se proponen los siguientes cambios:

En materia civil se propone adicionar en el artículo 272- A del Código de Procedimientos Civiles del D.F. y su correlativo en el Código Federal de Procedimientos Civiles, en materia Mercantil se propone incluir en el artículo 1051 del Código de Comercio, lo siguiente

ARTICULO 272-A

Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición el juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia de mediación previa dentro de los diez días siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el término de tres días.

Las partes deberán acudir a la primera audiencia de mediación, en donde el mediador expondrá y repartirá a cada una de las partes el legajo de mediación. Esta primera audiencia de mediación se tramitará después de que el reclamante haya presentado a través de un formulario su solicitud de mediación o bien que el juez de la causa lo refiera. Si no compareciere alguna de las partes a la primera audiencia será acreedor a una multa. Si una de las partes no concurre sin causa justificada, el juez la sancionará con una multa hasta por los montos establecidos en la fracción II del artículo 62 de este código. Si dejaren de concurrir ambas partes sin justificación, el juzgador las sancionará de igual manera. La primera audiencia se deberá a los 10 siguientes días de la designación del mediador por medio de sorteo, o bien de la designación de las partes de un mediador certificado.

Artículo 272-B No es obligatoria la mediación en los juicios en donde el Estado sea una de las partes en conflicto, o bien, a juicio del juez o del propio mediador exista un desequilibrio entre las mismas. El proceso de mediación es optativo en los procesos ejecutivos y en los de arrendamiento.

Artículo 272-C El demandante debe presentar el Formulario de Pretensión en la oficina de partes común, en donde se pasará al cuerpo de mediación el cual sorteará el mediador y confirmará el juzgado que luego entenderá de la litis en caso de no haber mediación. Se notificará al mediador elegido y se le entregará el Formulario de Pretensión, la cual será dentro de los 10 días siguientes desde que el mediador toma conocimiento.

En el caso de ser un mediador que no pertenezca al Consejo de mediadores, este deberá de contar con el reconocimiento oficial y deberá presentarse ante el Consejo de mediadores para que reciba y elabore la cédula de mediación. El mediador elabora la cédula de mediación la cual será notificada a las partes para que acudan a la primera audiencia.

Las partes podrán establecer contacto con el Mediador antes de la audiencia para hacer conocer al mismo de sus pretensiones, pero el mediador debe informar a las partes de la visita que hayan realizado.

Artículo 272-D El mediador de oficio a petición de la parte puede citar a terceros si advierte que es necesaria su participación en la mediación. Las partes y los terceros deben comparecer personalmente a la primera audiencia de mediación.

Artículo 272-E En la primera audiencia de mediación el mediador explicará a las partes en qué consiste el procedimiento, las exhortará a sujetarse a él. Una vez realizado lo anterior, las partes voluntariamente expresaran su consentimiento en sujetarse a la mediación firmando así un documento que contendrá los elementos, obligaciones y derechos de cada una de las partes, así como se establecerá la opción de implementar los Caucus.

En este supuesto, el tiempo de mediación durara hasta 60 días corridos desde la última notificación. Reduciéndose a 30 en los juicios ejecutivos y de arrendamiento. Las partes podrán prorrogar dicho plazo por acuerdo mutuo hasta por dos ocasiones indefinidamente.

En el supuesto en que las partes hayan comparecido personalmente podrán optar por no sujetarse al procedimiento de mediación, con lo que el mediador expedirá una constancia y la entregará a las partes, la misma que servirá para poder iniciar o continuar con el proceso legal.

En la primera reunión de mediación las partes y el mediador suscribirán un acuerdo de confidencialidad. Este convenio impedirá que lo dicho o los hechos conocidos por los que integran en las sesiones trasciendan del marco de la mediación y puedan ser utilizados en juicio.

Lo anterior se releva cuando el mediador toma conocimiento de la existencia de violencia en contra de un menor, violación o estado de peligro del mismo, o bien de la tentativa o comisión de un delito que de lugar a la acción pública.

Artículo 272E.- El mediador podrá dentro del plazo de la mediación citar a las partes a todas las audiencias que crea conveniente. Si la mediación fracasare por la incomparecencia de cualquiera de las partes a la primera audiencia, cada uno de los incomparecientes deberá abonar una multa equivalente a dos veces la retribución básica del mediador.

Asimismo, el mediador podrá implementar las juntas individuales o Caucus que sean necesarias, siendo requisito indispensable que se haya acordado esto en el inicio de la mediación.

Artículo 272 F Las partes habiendo comparecido personalmente podrán dar por terminado en cualquier momento el procedimiento de mediación, con lo que el mediador expedirá la cédula de mediación correspondiente

Una vez realizadas las audiencias necesarias de mediación si se ha llegado a un acuerdo el mediador comunicara el resultado al Cuerpo de mediación para que se lleve una estadística. Las partes en su caso pagaran la retribución al Mediador, estableciéndose un monto reglamentariamente.

Se firmara el acuerdo de mediación el cual deberá acompañarse de la cédula de terminación y remitirse al juez de la causa para que lo apruebe, teniendo eficacia de cosa juzgada. Si la causa hubiese sido enviada por un tribunal, se le informará sobre el resultado de la mediación en el término de 24 hrs terminada la misma y en su caso se le remitirá el convenio instrumentado. En caso de incumplimiento de lo acordado, el Juez designado lo podrá ejecutar mediante el procedimiento de Ejecución de Sentencia o bien por la vía de apremio. El juez a su vez notificará al Cuerpo de mediadores y al Ministerio de Justicia la iniciación de la ejecución del acuerdo.

Artículo 272-G En el supuesto de que no se llegue a un acuerdo el mediador entregará una copia de la acta con constancia del resultado de la mediación a las partes, las que pueden iniciar la acción judicial con la constancia del resultado de la mediación. En este supuesto el fondo de financiamiento pagará la retribución del mediador de acuerdo con las condiciones establecidas en el reglamento.

Artículo 272-H Los mediadores deberán ser abogados y adquiriera capacitación y actualización de conformidad con los programas aprobados por el Consejo de Mediación. Tanto los mediadores, como las partes tendrán como pena por no cumplir con la confidencialidad del proceso de mediación una multa de ___ días de salario mínimo. El mediador deberá excusarse de participar en una mediación si tuviera con cualquiera de los que intervengan una relación de parentesco, amistad íntima, enemistad, sociedad, comunidad, juicios pendientes, o cuando sea acreedor, deudor o fiador de alguno de ellos, cuando hubiera asistido a alguno de ellos profesionalmente, o haya emitido dictámenes u opinión respecto del pleito o si existieran otras causales que a su juicio le impongan abstenerse de participar en la mediación por motivos de decoro o delicadeza, si se presenta algunos de estos supuestos el Consejo de Mediación asignará a otro mediador para el caso.

En ningún caso el mediador podrá asistir profesionalmente a las partes luego de terminada la mediación, cualquiera que fuera su resultado.

Artículo 272-J Las partes serán acreedoras a una multa de ___ días de salario mínimo por la incomparecencia a la primera audiencia. Una multa de ___ días de salario mínimo por el incumplimiento del acuerdo de transacción, así como una multa de dos veces lo sentenciado, si se desistió de la mediación y se obtuvo una condena menor en el juicio tradicional.

Los terceros que acudan a una mediación serán acreedores a una multa de ___ días de salario mínimo por incomparecencia a la primera audiencia, una multa de ___ días de salario mínimo por incumplimiento del acuerdo de transacción que lo involucre, y una multa de ___ por revelar lo expuesto en una mediación.

Artículo 272-K La retribución al mediador se establecerá en una suma fija regulada en un arancel o bien por acuerdo de las partes.

En el supuesto de que se de un acuerdo, las partes dividirán el costo de la mediación, o bien podrán solicitar que el Fondo de financiamiento las cubra.

En el supuesto de que no se haya dado un acuerdo el fondo de financiamiento pagará la mediación, integrándose a las costas del juicio posteriormente.

Artículo 272-L El proceso de mediación suspende el plazo de la prescripción desde el momento en el que se formalice lo que se refiere al artículo 4.

Artículo 272-M El mediador podrá utilizar supletoriamente las disposiciones legales aplicables al caso.

Artículo 272-N El mediador, las partes así como cualquier tercero involucrado en el proceso de mediación, están obligados a no divulgar lo que en él se reveló, y de no hacerlo así se sujetarán a una multa de _____ días de salario mínimo

En materia mercantil el artículo 1051 del Código de Comercio deberá de decir:

ARTICULO 1051 "El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un procedimiento convencional llevado ante los particulares o ante tribunales estatales."

Si las partes optaran por el procedimiento de mediación deberán atenderse a lo siguiente, (aquí se repite el contenido de los artículos 272--A a 272-N), "

Asimismo, la mediación privada puede tener obstáculos en cuanto a su eficacia en la ejecución forzada de un acuerdo de mediación, por lo que se propone que la vía de apremio se haga una reforma y se incluya como factible la vía de apremio en los casos de haber llevado una mediación y que finalice con una transacción elevada a escritura pública, con lo que se elimina la necesidad de que se tenga que aprobar por un juez el convenio de mediación privada.

Por lo anterior el artículo 500 del Código de Procedimientos Civiles y su correlativo Federal deberá decir:

ARTICULO 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 el juicio, o en un procedimiento de mediación que termine en una transacción contenida en una escritura pública ya sea por las partes o por terceros que hayan venido al juicio por cualquier 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.

Por su parte el Código Federal de Procedimientos Civiles deberá de ser modificado en los artículos 407,571 para decir lo siguiente:

ARTICULO 407 - Motivan ejecución:

- I.- Las sentencias ejecutoriadas;
- II.- Los documentos públicos que, conforme a este Código hacen prueba plena;
- III.- Los documentos privados reconocidos ante notario o ante la autoridad judicial y
- IV.- Los demás documentos que, conforme a la ley, traigan aparejada ejecución.

V.- Los convenios alcanzados en un procedimiento de mediación que consten en escritura pública.

ARTICULO 571. - Las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial, resoluciones jurisdiccionales dictados en el extranjero, así como los convenios celebrados en un procedimiento de mediación, podrán tener fuerza de ejecución si cumplen con las siguientes condiciones:

El anterior problema se puede salvar en materia mercantil con la posibilidad de que un acuerdo de mediación, (transacción) en un procedimiento de mediación particular sea ejecutable como un laudo arbitral, por lo que se propone que adicionar al Código de Comercio un artículo 1053-A que diga lo siguiente:

ARTÍCULO 1053-A “ El acuerdo obtenido mediante un procedimiento de mediación ya sea privada o judicial, será reconocido como cosa juzgada y vinculante para los participantes en el mismo y será ejecutado de conformidad con las disposiciones contenidas en el Capítulo IX Título Cuarto de Este Código, siempre y cuando sea reconocida ante la autoridad judicial a fin de que no se contravienen las disposiciones de orden público ni se afectan derecho de terceros tengan la autoridad de cosa juzgada”.

BIBLIOGRAFIA

1. ACOSTA Romero Miguel, Nuevo Derecho Bancario, Ed Porrúa, México 1995, p.510.
2. Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, Proceso, Autocomposición y Autodefensa, Ed. Textos Universitarios, UNAM, México 1974, p.50.
3. ARAVENA Aredondo Leonardo, Naturaleza Jurídica del Arbitraje, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1969, p.100
4. BECERRA Bautista José, El Proceso Civil en México, Ed. Porrúa, México 1992, p.415.
5. BRISEÑO Sierra Humberto, El arbitraje Comercial, Editorial Limusa, México 1979, p. 11.
6. BRISEÑO Sierra Humberto, Sobre Arbitraje Estudios, Cárdenas Editor, Primera Edición, México 1995, 698 páginas
7. CALAMANDREI Piero, Derecho Procesal Civil, Ed. Harla, México 1997, p.30
8. CARNELUTTI Francesco, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Ed. Harla, México, 1997, p.
9. COUTURE Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1958.
10. FOLBERG Jay, TAYLOR Alison, Mediación, Resolución de conflictos sin litigio, Editorial Limusa, Primera Edición, México 1992, p.22.
11. FUEYO Laneri Fernando, Derecho Civil, Tomo Quinto Volumen II, p.145.
12. GOMEZ Lara Cipriano, Teoría General del Proceso, Ed. Harla, 8va Edición, México 1992, p.17
13. GROVER Duffy, La mediación y sus contextos de aplicación, Editorial Paidós, Primera Edición, Argentina, 1996, 413 páginas
14. KNAPP Peter, Lawering Skills: mediation & arbitration, Saint Paul Minnesota. West Publishing Co. 1996
15. LOVENHEIM Peter, How to mediate your dispute, Nollo Press Inc, Berkeley, CA. 1996, p. 14
16. LOZANO Noriega Francisco, Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México D.F., 162, p. 71
17. MEEK Susan B, Alternative dispute resolutions, Lawyers & Judges Publishing Company, Inc USA, 1996.

18. MERINO Mendian José Fernando, CHILLON Medina José María, Tratado de Arbitraje Privado Interno e internacional, Editorial Civitas, Medios Alternativos de Solución de Controversias, España 1991 2a edición, p. 102.
19. MONROY Cabra Marco Gerardo, Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, 1era Edición, Oxford University Press-Harla, México 1997, p. 100
20. NOLAN-Haley Jaqueline, Alternative Dispute Resolution, West Nutshell Series, West Publishing Company, St. Paul MN. 1991. p. 200
21. OVALLE Favela J., Teoría General del Proceso, Ed. Harla, México 1998, p.12
22. OVALLE Favela José, Derecho Procesal Civil, Ed. Harla, 5ta Edición, México 1992, p. 117
23. OYHANARTE María, Los nuevos paradigmas y la mediación, 1ª ed, Ed Paidós, Buenos Aires, 1996 p. 21.
24. PALLARES Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Ed. Porrúa, 21 edición, pp125-126
25. PINA Rafael de, Instituciones del Derecho Procesal Civil, Porrúa, México 1963.
26. REDORTA Lorente Josep, "La mediación en España", Mediación: una transformación en la cultura, Editorial Paidós, Primera edición, Argentina, 1996 p. 173
27. ROCCO Ugo, Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Ed. Themis, Bogotá, 1969, p.18.
28. SANCHEZ Medel Ramón, De los Contratos Civiles, Ed. Porrúa, 12da Edición, México 1994, p. 499.
29. SCHVARSTEIN Leonardo, "La mediación en contexto", Mediación: una transformación en la cultura, Ed Paidós, Primera Edición, 1996 p. 232
30. SHIFFRIN Adriana, "Aspectos Generales de la Mediación", Mediación: una transformación en la cultura, Editorial Paidós, Primera Edición, Argentina 1996, p. 37
31. SILVA Jorge Alberto, Arbitraje Comercial Internacional en México, Pérez Nieto Editores, México 1994, p. 10
32. SPARVIERI Elena, Principios y Técnicas de Mediación, Primera Edición, Editorial Biblos, Argentina 1995, 116 páginas.
33. URIBARRI Carpintero Gonzalo, Arbitraje en México, Oxford University Press, 1999.
34. VAZQUEZ DE CASTRO Luis M. La cláusula compromisoria en el arbitraje civil, Ed. Civitas, S. A. Madrid 1991 p. 33
35. VESCOVI Eduardo, Derecho Procesal Civil, Montevideo, 1974.
36. VESCOVI Enrique, Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1978.

37. VESCOVI Enrique, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, Bogotá, 1984
38. WILDE D. Zulema, GAIBROIS Luis, Que es la mediación, Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina, 1994 p. 64

LEGISLACIÓN, REVISTAS, SEMINARIOS Y OTROS

39. ALLISON John R., "Five ways to keep disputes out of court", Harvard Business Review, Jan-Feb, V.68, Nº1. 1990
40. Banco Interamericano de Desarrollo, Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe. Washington DC, BID, 1993, p.276.
41. BARNET Edith, "An overview of alternative dispute resolution in the United States and the District of Columbia Courts" Revista Ars Juris Universidad Panamericana. México 1995 Nº14 p216.
42. BISSO Cados Enrique, "La Mediación", Revista del Colegio de Abogados de Río de la Plata, Año XXXVI, Nº57, Ene-Dic, Argentina 1996.
43. CARNEVALE D.G., "Root dynamics of alternative dispute resolution: an illustrative case in the US: Postal Service.", Public Administration Review, September-October V.53, 1993.
44. CARVER Todd B., "Alternative dispute resolution :why doesnt work an why it does", Harvard Business Review, May-June, V. 72, 1994
45. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ed. Porrúa, México 1997
46. CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEON, Periódico Oficial del Estado No. 10 de fecha 3 de febrero de 1973.
47. CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE QUINTANA ROO
48. CÓDIGO DE COMERCIO, Editorial Porrúa, México 1998.
49. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ed. Porrúa, México 1998
50. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE QUINTANA ROO
51. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE NUEVO LEON
52. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ed. Porrúa, México 1998.
53. COHEN JA., "Chinese Mediation on the Eve of Modernization", California Law Review, 52 (2), 1966, Pp 1201-1226
54. CURES Susana I, "La mediación", Prudential Juris, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política. Pontificia Universidad Católica de Argentina, Nº44, Buenos Aires Argentina, septiembre 1997.

55. DEYE James R., "Arbitration in the American Arbitration Association", North Dakota Law Review, Vol. 70, 1994.
56. DIAZ Luis Miguel, Privatización de los Conflictos, Revista de Derecho.
57. Dicionario Jurídico mexicano, primer tomo. 3era edición. Porrúa, México, 1983, pp.198 a 205.
58. ENDSLEY Harry B., "La mediación" Seminario de Negociación, mediación y Arbitraje Comercial Internacional, Acapulco Guerrero, México 1997.
59. ESTAVILLO Fernando, "Otros Medios Alternativos para la Resolución de Controversias, Conferencia sobre Resolución de Controversias Internacionales México Estados Unidos, México 1995, p. 14.
60. FISCHER J., "Local Governments and alternative dispute resolution: new solutions to environmental problems", Public Management, August 1993 p.16
61. FISCHER J., "Local Governments and alternative dispute resolution: a new solutions to environmental problems", Public Management, V.75, August 1993.
62. FISS Owen M., "Against Settlement", The Yale Law Journal, Vol. 93, N° 1073, New Haven, EUA. 1984, p. 289
63. FLOOD John, "Lawyers and Arbitration: The Juridification of Construction Disputes", The Modern Law Review, Vol. 56, N° 3, may, 1993
64. FLORES García Fernando, "Medios compositivos de los litigios civiles", XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Querétaro, México, 1997.
65. FREEMAN Michael, "Alternative dispute resolution", The international Library of Essays in legal theory, N°26, NY University Press, 1995.
66. FULLER Leon, "Mediation its Forms and Functions", Southern California Law Review, N°44 1971, p.305
67. FULLER Lon, "Mediation, its forms and functions", Southern California Law Review, Vol. 44, 1971.
68. GOZAINI Alfredo Osvaldo, "La mediación :Una nueva metodología para la resolución de controversias", ARS JURIS, N° 14, México, 1995, p.98
69. GREIF Jaime, "Conciliación, Mediación, arbitraje como formas de alternativas de solucionar conflictos de familia", Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano del Derecho Procesal, N°14, Montevideo, 1995, p.45
70. HENON Riso Jorge, "Teoría de la Mediación", Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Volumen XXIV, N°55, Buenos Aires, Dic.1994, p.231
71. HILL Richard, "Non-Adversarial Mediation", Journal of International Arbitration, Vol. VIII, 1995.
72. [Http://www.adr.org](http://www.adr.org)

73. [Http://www.Lawhouse.gov/314.htm](http://www.Lawhouse.gov/314.htm)
74. IDE William R., "ADR in American Courts", Vital Speeches of the day, V. 60, december 1 1993.
75. ILLESCAS Ortíz Rafael, Las mutaciones contemporáneas del Derecho Privado de la Economía: aspectos estructurales, en Homenaje a Jorge Barrera Graff, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, Pp. 949 a 951.
76. KAUFMAN Irving R., " Reform for a system in crisis: Alternative Dispute Resolution in The Federal Courts", Fordham Law Review, Vol. LIX, N°1, Neww York EUA, oct.1990.
77. KERBESHIAN Lynn A., "ADR: To be or...?", North Dakota Law Review, Volume 70 N°2, 1994, North Dakota, EUA, p.382
78. LEVIN, "Mending Fences: Mediation in the Community". Dispute Resolution Devices in a Democratic Society. The Rose Pound-American Trial Lawyers Foundation, Washington, DC, 1985. p 25
79. LIBERMAN & HENRY, "Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement", University Of Chicago Law Review, Vo 53, N°2, Chicago Ill, Spring 1986 424, p. 53
80. LIFFRIG Michael G., " Which is the fairest court of all?, The case for a private court sistem", North Dakota Law Review, Vol. 70, 1994.
81. MARABOTO Lugaro Jorge A., "La mediación en la República Popular China", Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N°2-3, Montevideo Uruguay, 1994.
82. MUSTILL L., "Judicial Processes and Alternative Dispute Resolution", Israel Law Review, Hebrew Univeristy, Vol. 30, N° 3-4, Israel, 1996.
83. NADER Laura, "Disputing without the force of law", The Yale Law Journal, Vol88, 1979.
84. PEREZ Nieto Leonel, "Mediación ,Conciliación y Arbitraje", Soluciones Alternas de Controversias. Primer Programa de Continuidad y Actualización para Graduados de la Facultad de Derecho, Universidad Panamericana 1998.
85. POSNER Richard A., "The Summary Jury Trial an Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations", The University of Chicago Law Review, Vol. 53, N°2, Chicago Ill. Spring 1986.
86. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Espasa Calpe, Vigésima primera Edición. Madrid España 1992 p. 1345
87. REICHELer Patricia, "New Process may speed EEOC dispute resolution", Nation's Cites Weekly, V.18, June 26, 1995
88. SANDER Frank EA., "Alternative Methos of Dispute Resolution: An overview" Alternative Dispute Resolution Symposium, University of Florida Law Review, Vol. XXXVII, N° 1, 1995.

89. SCHINE Eric, "The explosion in private justice", Business Week, N°3428 June 12 1995
90. SPAIN Larry R, "Alternative dispute resolution for de pot: is it an alternative?", North Dakota Law Review, Volume 70, N°2, North Dakota EUA, 1994.
91. TWINING William, "Alternative to what? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence. Some Neglected Classics", The Modern Law Review, Vol 56, N° 3, May 1993.
92. VROOM P., FOSSETT, D., WAKEFIELD, R., "Mediation : The Wave of The Future", American Family?, 4, 1981, Pp 12-15.
93. WEBBS Rodney, "Court Annexed "ADR" a dissent", North Dakota Law Review, Vol. 70 N°2, North Dakota EUA; 1994, p. 229
94. WILDE ZULEMA, "La mediación en la Solución de conflictos", Revista internacional del Notariado, Año XLIII N°85, Buenos Aires, 1994, p.149
95. WITAKER Jorge, "El Derecho económico comercial internacional y el arbitraje comercial", Panorama del arbitraje comercial internacional, UNAM, México 1983 pp. 15 y 16.

ANEXO 1

LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL ESTADO DE QUINTANA ROO

CAPITULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 1.- La presente Ley es de orden público e interés social y de observancia en todo el Estado y sus prescripciones son irrenunciables. Se aplicarán a petición de todo ciudadano o visitante del Estado.

ARTICULO 2.- Es objeto de esta Ley establecer medios alternativos a la justicia ordinaria a fin de que los particulares resuelvan sus controversias de carácter jurídico mediante procedimientos de conciliación, mediación o arbitraje, en términos de los Artículos 7º y 99 de la Constitución Política del Estado.

ARTICULO 3.- Los medios no jurisdiccionales para la resolución de controversias jurídicas que establece la presente Ley, son alternativos a la vía jurisdiccional ordinaria y al fuero de los jueces y magistrados del orden común, jurisdicción que siempre estará expedita en los términos y condiciones que establecen la Constitución General de la República, la Constitución Política del Estado y las leyes ordinarias que las reglamentan.

ARTICULO 4.- También es objeto de la presente Ley, la prestación por parte del Estado de los servicios de defensoría de oficio a los detenidos y procesados que carezcan de abogado particular que los defienda o, que se nieguen a designarlo, así como la asistencia jurídica a personas de escasos recursos que se lo soliciten.

CAPITULO SEGUNDO

DEL CENTRO DE ASISTENCIA JURIDICA

ARTICULO 5.- Se crea el Centro de Asistencia Jurídica como Organismo Desconcentrado del Poder Judicial del Estado, encargado de sustanciar procedimientos de conciliación, mediación o arbitraje que pongan fin a los conflictos de carácter jurídico de naturaleza exclusivamente privada ; así como proporcionar ayuda técnico-legal a aquellas personas que carecen de recursos para contratar abogados o defensores particulares.

ARTICULO 6.- El Centro de Asistencia Jurídica tendrá su sede en la Capital del Estado y funcionará en los Municipios por medio de Delegaciones, las que establecerán conforme lo demanden las necesidades de la población.

CAPITULO TERCERO

INTEGRACION Y FUNCIONAMIENTO DEL CENTRO DE ASISTENCIA JURIDICA

ARTICULO 7.- El Centro de Asistencia Jurídica estará a cargo de un Director quien se auxiliará del personal que designe el Tribunal Superior de Justicia, de conformidad con los requerimientos para su buen funcionamiento, de su reglamento interior y del presupuesto de egresos del propio órgano.

ARTICULO 8.- La organización y funcionamiento del Centro de Asistencia Jurídica se regulará por lo que disponga la presente Ley, su reglamento y lo que en lo particular disponga el Pleno del Tribunal Superior de Justicia.

ARTICULO 9.- El Pleno del Tribunal Superior de Justicia designará al Director del Centro de Asistencia Jurídica, quien deberá satisfacer los mismos requisitos exigidos para los Jueces de Primera Instancia del Poder Judicial del Estado.

CAPITULO CUARTO

DE LAS FUNCIONES DEL CENTRO DE ASISTENCIA JURIDICA

ARTICULO 10.- El Centro de Asistencia Jurídica, prestará los siguientes servicios:

- I.- Proporcionar mediadores y conciliadores que acerquen a las partes de un conflicto de naturaleza jurídica a fin de averirlas o que propongan fórmulas de arreglo, asistiéndolos para que ambas partes formulen una solución adecuada a su conflicto;
- II.- Proporcionar árbitros de carácter jurídico, para la solución de controversias de carácter privado suscitadas entre particulares, cuando las partes hayan convenido asumir un compromiso arbitral.
- III.- Solicitar a los Colegios o Asociaciones de Profesionistas proporcione una lista de sus agremiados a fin de que de ellos, se seleccione árbitro o árbitros para el caso de que funjan en los compromisos arbitrales, como árbitros especializados;
- IV.- Brindar asesoría técnico-legal a aquellas personas que carecen de recursos para contratar abogados particulares;
- V.- Proporcionar defensores de oficio para los detenidos o procesados en los términos que determine la Constitución General de la República y el Código de Procedimientos Penales para el Estado;
- VI.- Coordinar, organizar, preparar, y designar a los árbitros que pertenezcan al Centro, así como ofrecer estos servicios a los árbitros externos; y

VII.- Orientar a los particulares sobre las instancias jurisdiccionales competentes para resolver los conflictos de carácter privado que se susciten entre ellas, en el caso de que no se obtengan arreglos satisfactorios;

El Centro de Asistencia Jurídica, en el ejercicio de sus funciones tendrá legitimación para representar los intereses jurídicos de las personas que asista, así como de los intereses colectivos de diversos sectores de la población, a fin de que ejerzan ante los tribunales competentes las acciones correspondientes;

CAPITULO QUINTO

FACULTADES Y OBLIGACIONES DEL DIRECTOR DEL CENTRO DE ASISTENCIA JURIDICA

ARTICULO 11.- Son facultades y obligaciones del Director del Centro de Asistencia Jurídica:

- I.- Representar legalmente al Centro de Asistencia Jurídica y ejercer sus facultades;
- II.- Coordinar a los conciliadores, árbitros, abogados y demás personal que labore en el Centro de Asistencia Jurídica;
- III.- Conducir el funcionamiento del Centro vigilando el cumplimiento de sus objetivos;
- IV.- Coordinar, de conformidad con el Reglamento Interior, las unidades de servicio, de apoyo y asesoría necesarias para del desarrollo de las funciones del Centro;
- V.- Celebrar toda clase de actos jurídicos que permitan al Centro el cumplimiento de sus objetivos;
- VI.- Solicitar ante las autoridades judiciales, de oficio o a petición de parte, la ejecución de los acuerdos y laudos derivados de labores de mediación, conciliación y arbitraje;
- VII.- Informar al Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado sobre las actividades del Centro de Asistencia Jurídica;
- VIII.- Llevar a cabo los procedimientos de mediación, conciliación y arbitraje, por sí mismo o por delegación en algún subalterno, de conformidad con el Reglamento Interno;
- IX.- Emitir los acuerdos y laudos en materia de los asuntos de la competencia del Centro de Asistencia Jurídica, así como vigilar su cumplimiento;
- X.- Aprobar, autorizar y dictar las reglas para la designación de árbitros, mediadores y conciliadores del Centro de Asistencia Jurídica;
- XI.- Imponer las medidas de apremio que correspondan de acuerdo a lo previsto en el reglamento interno;
- XII.- Celebrar convenios con organismos públicos con características y funciones similares propias para coordinar y concertar acciones que le permitan cumplir con sus funciones;
- XIII.- Celebrar convenios con Asociaciones o Colegios de Profesionistas a fin de solicitarles propuestas de árbitros especializados en sus materias;
- XIV.- *Proponer al Pleno del Tribunal Superior de Justicia el establecimiento de Delegaciones del Centro de Asistencia Jurídica en el interior del Estado;*
- XV.- Establecer los mecanismos de difusión que permitan a la sociedad en general conocer de sus derechos y obligaciones; y

XVI.- Representar al Estado en los Organismos establecidos por la Ley de Arbitraje en donde esa representación se requiera;

CAPITULO SEXTO

DE LAS MEDIDAS DE APREMIO Y EJECUCION DE RESOLCIONES

ARTICULO 12.- En el ejercicio de sus funciones, las autoridades del Centro de Asistencia Jurídica, se auxiliarán de las autoridades estatales y municipales que pertenezcan al Sistema Estatal de Seguridad Pública.

ARTICULO 13.- El Centro, para el cumplimiento de su objeto, podrá emplear como medios de apremio las siguientes medidas:

I.- Multa de tres hasta doscientas veces el salario mínimo diario vigente en el Estado de Quintana Roo;

II.- El auxilio de la fuerza pública; y

III.- El arresto hasta por 36 horas.

IV.- Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día. La multa impuesta a los trabajadores no asalariados no excederá del equivalente de un día de su ingreso.

ARTICULO 14.- Los acuerdos y los laudos dictados por los árbitros designados por el Centro de Asistencia Jurídica, como consecuencia del desarrollo de procedimiento de mediación, conciliación o arbitraje, serán definitivos y no admitirán recurso alguno. El cumplimiento de éstos se exigirá en la vía de ejecución de sentencia ante los tribunales del fuero común.

ARTICULO 15.- La intervención el Centro de Asistencia Jurídica suspende la prescripción de la acciones de los asuntos que se sometan a su consideración. Si no se llegare a un arreglo ante el Centro, en los casos previstos por la ley, continuará corriendo el término de la prescripción del ejercicio de las acciones que corresponda a partir de que se declare agotado el procedimiento ante el Centro.

CAPITULO SEPTIMO

DE LOS PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS

ARTICULO 16.- En los procedimientos seguidos ante el Centro, se mandará citar a quien se señale como parte obligada, apercibida que en caso de no asistir, se le impondrá los medios de apremio necesarios.

ARTICULO 17.- En caso de inasistencia de la parte citada luego de aplicar los medios de apremio o de negativa a someterse a los procedimientos previstos en la presente ley, se le brindará orientación jurídica a la parte que acudió o que se sometió voluntariamente a los procedimientos del Centro, para ejercer las acciones respectivas ante la autoridad o tribunales competentes.

ARTICULO 18.- Las controversias de carácter privado que admitan conciliación, iniciadas con la demanda ante el juez competente, podrán ventilarse ante el Centro de Asistencia Jurídica a petición del demandado, en los términos del Título Sexto del Código de Procedimientos Civiles del Estado, antes de vencerse el término de la contestación de la demanda. La intervención del Centro de Asistencia Jurídica suspende el término de la misma. En todos los casos, se tendrá en cuenta lo dispuesto por el Artículo 259 del Código de Procedimientos Civiles.

SECCION I

DE LA CONCILIACION Y MEDIACION

ARTICULO 19.- Compareciendo el citado, el conciliador designado procurará avenir a las partes haciéndoles notar las ventajas que se logran a través de un arreglo convencional o transaccional.

ARTICULO 20.- Si no se avinieran las partes, el conciliador mediará entre ellos, ofreciendo alternativas de solución viables armonizando sus intereses y explorando fórmulas de arreglo, asistiéndolos para elaborar el documento idóneo que dé una solución adecuada para éstas.

ARTICULO 21.- En el acta que al efecto se levante, se hará constar las bases del arreglo convencional o transaccional en su caso o la negativa de alguna de las partes para llegar a un arreglo y las razones de esta negativa. La simple negativa para avenirse se tomará en cuenta para condenar en costas a aquélla parte que resulte vencida en juicio.

SECCION II

DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

ARTICULO 22.- De no llegar a ningún arreglo, se celebrará una audiencia en la que cada parte expondrá lo que a sus derechos convenga y ofrecerá y se desahogarán las pruebas respectivas. El conciliador en la misma audiencia, instruirá a cada parte de las ventajas del procedimiento arbitral, su naturaleza, ya sea de derecho o de conciencia y propondrá el compromiso arbitral. En el caso de ser aceptado, se presentará la lista de los árbitros del Centro de Asistencia Jurídica para el arbitraje jurídico, a fin de que las partes elijan a uno o más árbitros, o se les presentará la lista de árbitros externos para el arbitraje especial y elijan a uno o más árbitros. Si no se pusieren de acuerdo sobre la designación de árbitros, el conciliador, a propuesta de las partes designará el árbitro o árbitros.

ARTICULO 23.- Elegidos o designados los árbitros, y aceptados los cargos respectivos, dictarán el laudo correspondiente en un término no mayor de quince días hábiles.

El procedimiento arbitral y el laudo correspondiente, no deberá contravenir las disposiciones generales que regulan su naturaleza.

TRANSITORIOS

ARTICULO PRIMERO.- La presente Ley entrará en vigor el día de su publicación en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado.

ARTICULO SEGUNDO.- El Tribunal Superior de Justicia del Estado expedirá el Reglamento Interior del Centro y el Reglamento de Procedimientos del Centro, dentro de los noventa días naturales siguientes a la entrada en vigencia de ésta Ley.

ARTICULO TERCERO.- Se derogan las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

ANEXO 2

Reglamento de Mediación Comercial de la AMMAC

Artículo 1.- Cuando, por acuerdo en una cláusula o contrato, las partes en una controversia han proveído la mediación de las controversias presentes o futuras bajo los auspicios de la Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial, A.C., o de conformidad con este Reglamento de Mediación Comercial, se entenderá que han hecho este Reglamento de Mediación Comercial, vigente en la fecha de dicha sumisión, parte de su acuerdo.

Artículo 2.- Salvo que de las disposiciones de este Reglamento de Mediación Comercial se desprenda de distinta forma, se entenderá por:

AMMAC, la Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial, A.C.

Cuota, la cantidad que las Partes deben de pagar a AMMAC por el servicio de administración del procedimiento de mediación de conformidad con lo dispuesto por la Tarifa Vigente de Cuotas Administrativas para Mediación.

Cuota de Mediador, la cantidad que las partes deben de pagar al mediador por sus servicios dentro del procedimiento de mediación de conformidad con lo dispuesto por la Tarifa Vigente de Cuotas Administrativas para Mediación.

Cuota Inicial, la cantidad que la Parte o Partes deben de acompañar a la solicitud de mediación o para dar inicio al procedimiento, según se desprenda de este Reglamento de Mediación Comercial y de la Tarifa Vigente de Cuotas Administrativas para Mediación.

Mediación, procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no ejerce poder alguno sobre las partes ayuda a que éstas, en forma cooperativa, encuentren la solución de sus controversias.

Mediador, tercero neutral que, no ejerciendo poder sobre las partes en un procedimiento de mediación, ayuda a que éstas, en forma cooperativa, encuentren soluciones a sus controversias.

Parte, el solicitante o solicitantes o quienes concurren a someterse voluntariamente a dicho procedimiento, indistintamente referidos según se desprenda del contexto de este Reglamento de Mediación Comercial.

Partes, los solicitantes o quienes concurren a sujetarse voluntariamente a dicho procedimiento, conjuntamente referidos

Reglamento, este Reglamento de Mediación Comercial, tal como se encuentre vigente al momento en que la intención de mediar o, en su caso, el acuerdo conjunto de las Partes de someterse a la Mediación sean notificados a AMMAC.

Solicitud, escrito en el que las Partes expresan su voluntad de resolver una controversia a través del procedimiento de mediación, acompañando copia del contrato o compromiso en el que manifestaron tal voluntad, o una de las Partes pide a AMMAC invite a la otra Parte o Partes a someterse a dicho procedimiento.

Artículo 3.- Cualquier Parte o Partes en una controversia pueden iniciar la Mediación presentando en AMMAC una Solicitud. Cuando no haya sujeción expresa o contrato que provea la Mediación, cualquier Parte puede solicitar a AMMAC que invite a la otra Parte o Partes a la Mediación. Una vez recibida dicha Solicitud, AMMAC contactará a la otra Parte o Partes y procurará obtener su voluntaria sujeción a la Mediación.

Artículo 4.- La Solicitud debe contener una breve manifestación de la naturaleza de la controversia y los nombres, domicilios y números telefónicos de las Partes en la controversia así como de aquellas personas que las representen, en su caso, en la Mediación. La Parte iniciadora debe acompañar dos copias de la Solicitud y una copia por cada Parte en la controversia.

Artículo 5.- Una vez recibida la Solicitud, AMMAC designará a un Mediador calificado para entrar en funciones. Normalmente, un solo Mediador será designado a menos que las Partes acuerden lo contrario o AMMAC determine lo contrario. Si el acuerdo de las Partes nombra a un Mediador o especifica el método de designación de un Mediador, esa designación o método será el que se siga.

Artículo 6.- Ninguna persona servirá como Mediador en una controversia en la que tenga algún interés financiero o personal en el resultado de la Mediación, excepto por consentimiento escrito de las Partes. Antes de aceptar la designación, el prospecto Mediador debe expresar cualquier circunstancia que pueda crear una presunción de parcialidad o impedir una pronta reunión con las Partes. Recibida dicha información, AMMAC debe, ya sea reemplazar al Mediador, o comunicar inmediatamente la información a las Partes para que formulen sus comentarios. En caso de que las Partes no acuerden si el Mediador debe fungir como tal, AMMAC designará otro Mediador. AMMAC está autorizada para designar otro Mediador si el designado está imposibilitado para fungir de inmediato.

Artículo 7.- Si algún Mediador no desea o está imposibilitado para actuar como tal, AMMAC designará otro Mediador a menos que las Partes acuerden de distinta forma.

Artículo 8.- Cualquier Parte puede ser representada por personas de su elección. Los nombres y domicilios de tales personas deben de ser comunicados por escrito a las Partes y a AMMAC.

Artículo 9.- El Mediador debe fijar la fecha y tiempo de cada sesión de Mediación. La Mediación debe ser llevada a cabo por la Oficina Regional de AMMAC apropiada, o en cualquier otro sitio conveniente aprobado por el Mediador y las Partes, según lo determine el Mediador.

Artículo 10.- Cuando menos diez días previos a la primera sesión de Mediación, cada Parte deberá presentar al Mediador un breve memorándum estableciendo su posición con relación a los puntos que deben ser resueltos. A discreción del Mediador, tal memorándum debe ser mutuamente intercambiado por las Partes.

En la primera sesión, se espera que las Partes presenten toda la información razonablemente requerida para que el Mediador conozca las situaciones

controversiales que se presentan.

El Mediador puede requerir a cualquier Parte que provea tal información.

Artículo 11.- El Mediador no tiene autoridad para imponer una resolución a las Partes pero puede tratar de ayudarles a alcanzar una solución satisfactoria a su controversia. El Mediador está autorizado a dirigir reuniones conjuntas y separadas con las Partes, testigos y peritos, y a hacer recomendaciones orales y escritas sobre posibles soluciones. Cuando sea necesario, el Mediador puede también obtener un dictamen pericial respecto de cuestiones técnicas relacionadas con la controversia, si es que las Partes así lo acuerdan y asumen los gastos que dicho dictamen origine. Los arreglos para obtener tal dictamen pericial deben de hacerse por el Mediador y las Partes, según lo determine el Mediador.

El Mediador está autorizado para dar fin a la Mediación cuando, a juicio del Mediador, posteriores esfuerzos en la Mediación no contribuirían a la solución de la controversia entre las Partes.

Artículo 12.- Las sesiones de Mediación son privadas. Las Partes y sus representantes pueden asistir a las sesiones de Mediación. Otras personas pueden asistir sólo con el permiso de las Partes y el consentimiento del Mediador.

Artículo 13.- La información confidencial comunicada al Mediador por las Partes o por testigos en el curso de la Mediación no será divulgada por el Mediador. Todas las actuaciones, reportes, u otros documentos recibidos por el Mediador en funciones deberán ser confidenciales y, mientras no exista disposición legal en contrario, el Mediador debe dar tratamiento confidencial a la información que llegare a conocer durante la Mediación.

En ausencia de una disposición legal que establezca lo contrario, las Partes deben mantener la confidencialidad de la Mediación y no deben confiar en, o presentar como prueba en ningún proceso arbitral, judicial, u otro:

- a) puntos de vista expresados o sugerencias hechas por otra Parte con respecto a una posible solución de la controversia;
- b) reconocimientos hechos por otra Parte en el curso del procedimiento de Mediación;
- c) proposiciones hechas o puntos de vista expresados por el Mediador; o
- d) el hecho de que otra Parte indicó o no indicó disposición a aceptar una propuesta de solución hecha por el Mediador.

Artículo 14.- La Mediación debe ser terminada:

- a) por la ejecución de una solución acordada por las Partes;
- b) por declaración escrita de Parte que la Mediación ha terminado, pero continuando para el resto de las Partes que manifiesten su voluntad de estar sujetas al procedimiento en lo referente a las cuestiones controversiales que a ellas atañen exclusivamente; o
- c) por declaración escrita del Mediador de que futuros esfuerzos en la Mediación serían insuficientes para dar solución a la controversia.

Artículo 15.- Ni AMMAC ni ningún Mediador es parte necesaria en procedimientos judiciales relacionados con la Mediación.

Ni AMMAC ni ningún Mediador debe ser responsable ante ninguna Parte por

cualquier acto u omisión en conexión con la Mediación dirigida conforme a este Reglamento.

Artículo 16.- El Mediador debe interpretar y aplicar este Reglamento en tanto éste se encuentre directamente relacionado con sus obligaciones y responsabilidades. Todas las demás disposiciones de Mediación deben ser interpretadas y aplicadas por AMMAC.

Artículo 17.- Los gastos de testigos de cualquier Parte deben ser sufragados por la parte que los presentó. Todos los demás gastos de la Mediación, incluyendo gastos de viaje y otros gastos del Mediador y representantes de AMMAC, y los gastos de cualquier testigo y el costo de cualquier prueba, dictamen u opinión pericial hechos mediante la solicitud directa del Mediador, deben ser cargados equitativamente a las Partes a menos que éstas acuerden de distinta forma.

ANEXO 3

Reglamento de Mediación del CRC

Artículo 1. Este reglamento se aplicará a la mediación de controversias que deriven de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o se vinculen con ella, cuando las partes que procuren llegar a una solución amistosa de su controversia, hayan acordado aplicar el Reglamento de Mediación del Centro de Resolución de Controversias México Estados Unidos.

Las partes podrán acordar, en cualquier momento, la exclusión o modificación de cualquiera de estas reglas.

Cuando alguna de estas reglas este en conflicto con una disposición del derecho que las partes no puedan derogar, prevalecerá esa disposición.

Artículo 2. La parte que tome la iniciativa de la mediación, enviará por escrito a la otra parte, la invitación a la mediación, de conformidad con el presente Reglamento, mencionando brevemente el asunto, objeto de controversia.

El procedimiento de mediación se iniciará cuando la otra parte acepte la invitación al procedimiento de mediación, si al aceptación se hiciera oralmente, es aconsejable que se confirme por escrito.

Si la otra parte rechaza la mediación, este procedimiento no se llevara a cabo.

Si la parte que inicie la mediación, no recibe respuesta dentro de los 30 días siguientes al envío de la invitación, o dentro de otro período de tiempo especificado en ella, la parte iniciadora tendrá la opción de considerar esa circunstancia como rechazo de la invitación a la mediación. Si la parte iniciadora decide considerarla como tal, esa parte deberá comunicarlo a la otra parte.

Artículo 3. Habrá un mediador, amenos que las partes acuerden que sean dos o tres los mediadores. Cuando haya más de un mediador, deberán, por regla general, actuar de consuno.

Artículo 4 En el procedimiento de mediación con un solo mediador, las partes procuraran ponerse de acuerdo sobre el mediador único.

En el procedimiento de mediación con dos mediadores cada una de las partes nombrará uno

En el procedimiento de mediación con tres mediadores, cada parte nombrara uno. Las partes procuraran ponerse de acuerdo sobre el tercer mediador

Las partes podrán recurrir a al asistencia del CRC en relación con el nombramiento de los mediadores. En particular, una parte podrá solicitar al CRC que recomiende los nombres de personas idóneas que podrían actuar como mediadores; o las partes podrán convenir en que el nombramiento de uno o más mediadores sea efectuado directamente por el CRC.

Artículo 5 Después de la designación del mediador, cada la de las partes presentará una sucinta exposición por escrito, describiendo la naturaleza general de la controversia y los puntos en litigio.

El mediador podrá solicitar de cada una de las partes una exposición adicional, pro escrito sobre su respectiva exposición y sobre los hechos y motivos en que ésta funda, acompañada de los documentos y otros medios de prueba que cada parte estime adecuados.

El mediador podrá, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, solicitar de una de las partes la presentación de otros documentos que estime adecuados.

Artículo 6 Las partes podrán hacerse representar o asesorar por personas de su elección. Los nombres y las direcciones de esas personas deberán comunicarse por escrito a la otra parte y al mediador, es comunicación deberá precisar si la designación se hace a efectos de representación o asesoramiento.

Artículo 7 El mediador ayudará a las partes de manera independiente e imparcial en sus esfuerzos por lograr un arreglo amistoso de la controversia.

El mediador se atenderá a principios de objetividad, equidad y justicia, teniendo en cuenta, entre otros factores, los derechos y las obligaciones de las partes, los usos del tráfico mercantil de que se trate y las circunstancias de la controversia, incluso cualquier práctica establecida entre las partes.

El mediador podrá conducir el procedimiento de mediación en la forma que estime adecuada, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los deseos que expresen las partes, incluida la solicitud de cualquiera de ellas de que el mediador oiga declaraciones orales, y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.

El mediador podrá, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, formular propuestas para una transacción de la controversia, no es preciso que dichas propuestas sean formuladas por escrito ni que se aplique el fundamento de ellas.

Artículo 8 Con el fin de facilitar el desarrollo del procedimiento conciliatorio, las partes, o el mediador con la conformidad de estas podrán disponer la prestación de asistencia administrativa por el CRC

Artículo 9 El mediador podrá invitar a las partes a reunirse con él /ella personalmente o comunicarse con ellas telefónicamente o por escrito- Podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o con cada una de ellas por separado.

A falte de acuerdo entre las partes respecto al lugar en que hayan de reunirse con el mediador, éste determinará el lugar previa consulta con las partes, teniendo en consideración las circunstancias del procedimiento conciliatorio.

Artículo 10 Si el mediador recibe de una de las partes información de hechos relativos a la controversia, revelará su contenido a la otra parte a fin de que ésta pueda presentarle las explicaciones que estime convenientes. Sin embargo, si la parte proporciona información al mediador bajo la condición expresa de que se mantenga confidencial, el mediador no revelará esa información.

Artículo 11 Las partes colaborarán de buena fe con el mediador y, en particular, se esforzarán en cumplir las solicitudes de éste de presentar documentos escritos, aportar pruebas y asistir a las reuniones.

Artículo 12 Cada una de las partes, a iniciativa propia o a invitación del mediador, podrá presentar a éste sugerencias para la transacción de la controversia.

Artículo 13 Cuando el mediador estime que existen elementos para una transacción aceptable por las partes, formulará los términos de un proyecto de transacción y los presentará a las partes para que éstas expresen sus observaciones. A la vista de estas observaciones, el mediador podrá formular nuevamente otros términos de posible transacción.

Si las partes llegan a un acuerdo sobre la transacción de la controversia, redactarán y firmarán un acuerdo escrito de transacción, si las partes así lo solicitan, el mediador redactará el acuerdo de transacción o ayudará a las partes a redactarlo.

Las partes, al firmar el acuerdo de transacción, ponen fin a la controversia y quedan contractualmente obligadas al cumplimiento de tal acuerdo.

Artículo 14 El mediador y las partes mantendrán el carácter confidencial de todas las cuestiones relativas al procedimiento conciliatorio. La confidencialidad se hará también extensiva a los acuerdos de transacción, salvo en los casos en que su revelación sea necesaria con fines de ejecución y cumplimiento

Artículo 15 El procedimiento de mediación concluirá: por la firma de un acuerdo de transacción por las partes en la fecha del acuerdo, o por una declaración escrita del mediador hecha después de efectuar el procedimiento de mediación donde quede concluido que otros esfuerzos al respecto no son justificados, en la fecha de la declaración, o por una declaración escrita dirigida al mediador por las partes en el sentido de que el procedimiento conciliatorio queda concluido, en la fecha de la declaración, o por una notificación escrita dirigida por una de las partes a la otra parte y al mediador, si éste ha sido designado, en el sentido de que el procedimiento de mediación queda concluido, en la fecha de la declaración.

Artículo 16 Las partes acordarán no incoar, durante el procedimiento conciliatorio, ningún procedimiento arbitral o judicial respecto a la controversia que sea objeto del procedimiento de mediación, con la salvedad de que una parte podrá iniciar un procedimiento arbitral o judicial cuando estime que tal procedimiento es necesario para conservar sus derechos.

Artículo 17 Al iniciar el procedimiento de mediación, el mediador notificará a las partes por escrito sobre los honorarios que cobrará para la mediación.

Al terminar el procedimiento de mediación, el mediador liquidará las costas de la mediación y las notificará por escrito a las partes. El término "costas" comprende exclusivamente: I) los honorarios de mediación, II) los gastos de viaje y demás expensas del mediador, III) los gastos de viaje y demás expensas de cualquier testigo que hubiera sido llamado por el mediador con el consentimiento de las partes, IV) El costo de todo asesoramiento pericial.

Las costas señaladas en el párrafo precedente se dividirán por igual entre las partes, salvo que el acuerdo de transacción disponga una distribución distinta. Todos los otros gastos en que incurra una parte serán pagados por ella.

Artículo 18 El mediador, una vez designado, podrá requerir de cada una de las partes que consigne al CRC una suma igual en concepto de anticipo de las costas que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 17, se calcule que podrán causarse.

En el curso del procedimiento de mediación, el mediador, podrá solicitar anticipos adicionales de igual valor a cada una de las partes.

Si las sumas cuya consignación es requerida de conformidad con los párrafos 1 y 2 de este artículo no hubieran sido abonadas en su totalidad por ambas partes dentro del plazo de 30 días, el mediador podrá suspender el procedimiento o presentar a las partes una declaración escrita de conclusión que entrará en vigor en la fecha en que se haya formulado.

Una vez concluidos los procedimientos de mediación el mediador rendirá cuentas a las partes de los anticipos recibidos y les devolverá cualquier saldo que resulte a favor de éstas.

Artículo 19 Las partes y el mediador acordarán que el mediador no actúe como árbitro, representante ni asesor de una parte, en ningún procedimiento arbitral o judicial relativo a la controversia que haya sido objeto del procedimiento conciliatorio. Las partes se comprometen, además, a no llamar al mediador como testigo en ninguno de tales procedimientos.

Artículo 20 Las partes se comprometen no invocar ni proponer como pruebas en cualquier procedimiento arbitral o judicial, se relacionen éstos o no con la controversia, objeto del procedimiento conciliatorio, A) opiniones expresadas o sugerencias formuladas por la otra parte respecto de una posible solución a la controversias, B) hechos que haya reconocido la otra parte en el curso del procedimiento conciliatorio, C) propuestas formuladas por el mediador, d) el hecho de que la otra parte haya indicado estar dispuesta a aceptar una propuesta de solución formada por el mediador.

ANEXO 4

Reglamento Mediación Comercial para las Américas

Artículo 1.- Se considerará que las partes han hecho estas reglas parte de su acuerdo de mediación, siempre que hayan acordado acudir a la mediación del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (que en adelante se denominará como el “administrador”) o regirse por sus reglas de mediación (que en adelante se denominarán como las “Reglas de mediación del CAMCA). Estas reglas y cualquier modificación a ellas se aplicarán en la forma convenida al momento en el que el CAMCA reciba la solicitud para someterse a la mediación. Las partes, mediante un convenio escrito, podrán variar los procedimientos presentados en estas reglas.

Artículo 2 Cualquier parte o las partes en controversia pueden iniciar la mediación a través de una solicitud presentada al administrador en la que manifiesten someterse a la mediación, o una solicitud por escrito donde manifiesten someterse a la mediación conforme a estas reglas, junto con la cuota de registro apropiada. Cuando no haya sometimiento a la mediación o contrato que la prevea, una de las partes puede solicitar al administrador que invite a la otra parte a que se reúnan para la mediación. Una vez recibida la solicitud, el administrador se pondrá en contacto con las partes involucradas en la controversia y tratará de obtener su acuerdo para la mediación.

Una solicitud de mediación o el documento donde se establezca el sometimiento a la misma, contendrá una breve descripción de la naturaleza del conflicto, y los nombres direcciones y números telefónicos de todas las partes en conflicto y de sus representantes, si los hubiere. La parte solicitante deberá entregar simultáneamente dos copias de la solicitud al administrador y una copia para cada parte en conflicto.

Artículo 3 El CAMCA establecerá y mantendrá un panel multinacional de mediadores y los nombrará como se encuentra previsto en estas reglas.

Artículo 4 Si las partes no han nombrado a un mediador y no se ponen de acuerdo en un método para el nombramiento, el administrador enviará simultáneamente a cada parte en conflicto una lista idéntica de nombres de personas elegidas del panel multinacional del CAMCA. Normalmente, será nombrado un solo mediador, a menos que las partes acuerden otra cosa.

Cada parte en conflicto tendrá veinte días a partir de la fecha de la transmisión, para señalar los nombres que objete, numerar los nombres restantes en el orden de su preferencia y devolver la lista al suministrador. Si una parte no devuelve la lista dentro del tiempo especificado, todas las personas nombradas se consideran aceptadas. Entre las personas que hayan sido aprobadas en las listas preferenciales y de acuerdo con el orden designado de mutua preferencia, el administrador solicitará la aceptación de un mediador para participa. Si las partes no coinciden en alguna de las personas nombradas, o si el mediador aceptado no está en posibilidad de actuar, o si por cualquier otra razón el nombramiento no puede ser hecho a partir de las listas proporcionadas, el administrador tendrá la facultad de hacer el nombramiento entre los

demás miembros del panel sin tener que sujetarse a las listas adicionales. En la medida de lo posible, el administrador debe cumplir con cualquier acuerdo de las partes relativas a las cualidades deseadas en el mediador.

Artículo 5 Las personas que actúen como mediadores deberán ser independientes e imparciales. Ninguna persona podrá servir como mediador en alguna controversia en la que tenga un interés económico o personal en los asuntos que en que exista controversia entre las partes o en el resultado de la mediación. Antes de aceptar un nombramiento, el aspirante a mediador confirmará su disponibilidad o impedimento o cualquier otra circunstancia que conduzca a crear dudas justificadas de su imparcialidad e independencia. Una vez recibida esta información, el administrador reemplazará al mediador o comunicará inmediatamente la información a las partes para sus comentarios. En el caso de que las partes no estén de acuerdo sobre si el mediador deba ser nombrado, el administrador nombrará otro mediador. El administrador está autorizado para nombrar otro mediador en el caso de que el mediador designado esté imposibilitado de aceptar inmediatamente.

Artículo 6 Si algún mediador resultará indispuerto o impedido a aceptar o es aceptada su recusación, el administrador nombrará otro mediador, tomando en cuenta las preferencias manifestadas por las partes.

Artículo 7 El mediador no tiene la autoridad para imponer un arreglo a las partes pero buscará asistirles en la búsqueda de una solución satisfactoria a la controversia. El mediador está autorizado a conducir en forma conjunta o separada reuniones con las partes y para hacer recomendaciones orales y escritas para un arreglo. Cuando sea necesario, el mediador también podrá requerir opiniones de expertos sobre aspectos técnicos de la controversia, siempre y cuando las partes estén de acuerdo y cubran los costos de obtención de dichas opiniones. Los arreglos para la obtención de opiniones de tales expertos serán hechos por el mediador o pro las partes, según lo determine el mediador.

El mediador está autorizado para dar por terminada la mediación cuando, a juicio de éste, nuevos esfuerzos para la mediación no contribuyan a solucionar la controversia entre las partes.

Artículo 8 Las partes, al acordar someterse a la mediación con base en este reglamento se comprometen a conducirse con rectitud y buena fe, así como a esforzarse para resolver la controversia.

Cualquier parte puede ser representada en la mediación, los nombres, direcciones y números telefónicos de los representantes serán comunicados por escrito a todas las partes y al administrador.

Las partes harán el esfuerzo razonable para asegurarse de que sus representantes tengan la autoridad necesaria para resolver la controversia.

Artículo 9 El mediador, en consulta con las partes, fijara la fecha y la hora para cada sesión de mediación. La mediación se llevará a cabo en cualquier lugar conveniente que sea cómodo para el mediador y las partes, como lo determine el mediador incluyendo la oficina mas conveniente del administrador.

Artículo 10 Al menos con diez días de anticipación a la primera sesión de mediación agendada, cada parte entregará al mediador un breve memorándum en el que fijen su posición con respecto a los asuntos que necesitan sean resueltos, su posición con respecto de estos asuntos y toda la información razonable que se requiera para que el mediador entienda estos asuntos. Este memorándum deberá ser intercambiado entre las partes.

Las partes deberán estar preparadas para exhibir toda la información razonablemente requerida por las partes y el mediador para entender los asuntos presentados.

El mediador podrá requerir a cualquiera de las partes que complementen la información.

Artículo 11 Las secciones de mediación serán privadas. Las partes y sus representantes podrán participar en las sesiones de mediación. Cualquier otra persona podrá estar presente sólo con el permiso de las partes y con el consentimiento del mediador.

Artículo 12 La información confidencial que sea revelada al mediador por las partes o los participantes en el curso de la mediación no será divulgada por el mediador. Todos los registros, reportes u otros documentos recibidos o hechos por el mediador, en tanto tenga a su cargo esa función no podrán ser requerido para divulgar tales registros o para testificar en relación con la mediación en ningún procedimiento judicial.

Las partes mantendrán la confidencialidad de la mediación y no podrán disponer de o presentar como prueba en ningún procedimiento arbitral o judicial u otro, así como: los puntos de vista expresados o las sugerencias hechas por la otra parte con respecto a un posible arreglo de la controversia, las confesiones hechas por una de las partes en el curso del procedimiento de mediación, los documentos, notas u otra información obtenida durante el procedimiento de mediación, las propuestas hechas o los puntos de vista expresados por el mediador, el hecho de que una de las partes haya o no manifestado su disposición a aceptar una propuesta.

Artículo 13 No será necesario llevar un registro escenográfico del procedimiento de mediación.

Artículo 14 La mediación terminará :por la ejecución del convenio de solución por la partes, por una declaración por escrito del mediador en el sentido de que no es conveniente prolongar los esfuerzos para la mediación; o por una declaración por escrito de una parte o de las partes en el sentido de que los procedimientos de

mediación han terminado.

Artículo 15 Las partes que se sujeten a la mediación bajo estas reglas acuerdan llevar a cabo cualquier convenio de solución sin retraso.

Artículo 16 Ni el administrador ni el mediador son una parte necesaria en los procedimientos judiciales relacionados con la mediación.

Ni el administrador ni el mediador serán responsables ante cualquiera de las partes por algún acto u omisión relacionado con la mediación conducida bajo estas reglas, salvo que aquellos puedan ser responsables por las consecuencias de un mal causado consciente y deliberadamente.

Artículo 17 El mediador interpretará y aplicará estas reglas en la mediada en que estén relacionadas con las facultades y deberes del mediador. Las demás reglas serán interpretadas y aplicadas por el administrador.

Artículo 18 El costo de cualquier información será pagado por la parte que dé lugar a ella. Cualquier otro gasto en la mediación incluyendo los gastos de viaje necesarios y otros gastos de l mediador, y representantes del administrador, y los gastos de cualquier información u opinión de expertos solicitados directamente por el mediador, serán cubiertos equitativamente por las partes a menos que acuerden otra cosa.

ANEXO 5

CASO PRÁCTICO

Caso Practico¹²⁴.

Mediador: bienvenidos a este procedimiento de mediación, tengo entendido que alguno de ustedes tienen conocimiento sobre la mediación y que han estado envueltos en uno anteriormente, pero no son todos. Por lo anterior iniciare esta sesión explicando lo que ustedes pueden esperar que suceda por el resto del día, dependiendo en cuanto tiempo suceda.

Mi nombre es Nancy Welsh. , seré su mediadora por el día de hoy, soy la directora ejecutiva del centro de mediación y tengo experiencia en esto desde 1986. No considero haber conocido a alguno de ustedes antes, y tengo entendido que han pasado su formato de inicio a mi oficina.

Otros: así es

Mediador: Déjenme platicarles lo que es la mediación. Es un proceso informal, como pueden estar sentados en este salón de conferencias, es también un proceso que esta basado para llegar a un acuerdo. Inevitablemente hablaremos aspectos legales que tienen que ver con el caso, y espero que lo abogados de ustedes realicen los mejores y más justos argumentos. Sin embargo, la meta final de este proceso es observar si existe o no posibilidad de un acuerdo.

Mi rol es facilitar sus negociaciones, no actúo como un juez, ni como un arbitro. Estoy aquí para que ambas partes lleguen a un acuerdo. Ustedes son los expertos en su caso, yo solo estoy aquí para facilitar sus discusiones.

Yo usare una variedad de técnicas para que nos guíen hacia una dirección. Por una parte ustedes observaran que si existe una estructura en un proceso de mediación. Por lo que iniciamos dicho proceso con esta junta, posteriormente cambiara de postura para que ustedes me platicuen sus posiciones, como observan los hechos, cual es su punto de vista más relevante y cual es el estatus de su caso, así como si se han negociado etc.

He tenido la oportunidad de leer los papeles preliminares y cuestionarios que ustedes enviaron con anterioridad, los que me han servido para entender el asunto, pero realmente los que me enseñaran como esta el asunto son ustedes. Lo anterior también servirá a cada uno de ustedes para que se ayuden a entender cual es el conflicto.

Posteriormente, vienen las sesiones privadas, que son llamadas Caucus, en donde yo pondré a cada uno de ustedes en un cuarto, y cambiare de una habitación a otra. Cuando inicie el Caucus, todo lo que ustedes me confíen o digan es confidencial, al menos que en este momento o posteriormente ustedes me den la autoridad para platicarlo con la otra parte. Los Caucus los utilizo para encontrar mas información de lo que ustedes realmente necesitan para llegar a un acuerdo común, así como es el momento en el cual platicare con ustedes de sus debilidades, o fortalezas de sus argumentos, de los riesgos envueltos y de la posibilidad de ir a un juicio. Después de una serie de Caucus, esperamos que ustedes ya estén dispuestos a negociar un a un acuerdo, y las oportunidades de que suceda son muy amplias

¹²⁴ KNAPP Peter, *Lawering Skills: mediation & arbitration*, Saint Paul Minnesota. West Publishing Co. 1996

Ustedes entraron a este procedimiento voluntariamente, y el porcentaje de mediación exitosa es de un 70%, así que no hay una garantía de que este caso se resuelva, pero por otra parte ustedes han entrado en un proceso voluntario por lo que esto eleva las posibilidades de llegar a un acuerdo. De hecho el que ustedes estén aquí es una gran señal.

Posteriormente de los Cauces y su ustedes han llegado a un acuerdo tentativo, los juntare de nuevo y entonces concretizaremos el acuerdo que ustedes han alcanzado. La mayoría del tiempo sucede que después de los Cauces la responsabilidad de la redacción la toman sus abogados. Si no se ha llegado a un acuerdo, de todas maneras los juntare para terminar la sesión de mediación y entonces estarán ustedes libres para acudir al litigio tradicional.

Este es un proceso que es distinto al llevado a cabo en la corte, en varios sentidos. Uno es que estamos en búsqueda de un acuerdo y no una sentencia. Otro es que este procedimiento está llevado completamente por abogados, o al menos no necesita de ellos. Mi práctica es intentar y lograr que las partes hablen por sí mismas. Otros asuntos relativos a la mediación, uno tiene que ver con la confidencialidad. Las discusiones que aquí se lleven a cabo, todo lo dicho y presentado, no pueden ser usado en un juicio posterior ni utilizado en cualquier otro procedimiento administrativo a menos que dicha información se obtenga por otros medios.

Adicionalmente, en el acuerdo de mediación que ustedes recibieron espero que hayan notado que se obligan a no utilizarme como testigo, y si alguno de ustedes me cita como testigo, utilizare todos los medios legales para evitar el comparecer ante juicio. El acuerdo también establece la obligación de pagarme los gastos que incurran en hacer lo anterior, por lo que tenemos una necesidad de que este procedimiento es confidencial ya que esto ayuda a la posibilidad de llegar a un acuerdo.

El punto principal es que ustedes estén abiertos para un intercambio de ideas en cuanto al acuerdo, y se enfoquen al futuro dejando su actual situación, yo entiendo que ambas partes desean pasar y dejar a un lado esta situación. ¿En este punto existen algunas preguntas de su parte?

Otros: No, en este momento. No, no tengo preguntas.

Mediador: Estoy a su disposición para que sugieran aspectos de conducción o procesales, si ustedes consideran que sea un buen momento para un Caucus, me avisa, no soy yo la única que puede llamar a un Caucus. OK, bueno esto va bien, empecemos firmando el acuerdo de mediación, y posteriormente iniciaremos con las presentaciones.

Otros: Eso está bien.

Conferencia de mediación inicial con la parte demandante.

Mediador: Consideraba necesario entrevistarme primero con ustedes en un Caucus, les recuerdo que todo lo que se diga en este Caucus será confidencial, a menos que ustedes aprueben que se le comunique a los otros participantes. Así que la manera en la que voy a manejar esto es que al final del Caucus, les pediré si hay algo de lo que ustedes me dijeron que quieren que sea confidencial. Asegúrense de hacérmelo saber. Empecemos. Si hay algo más que ustedes me quieren hacer saber que no dijeron en la sesión de inicio.

Abogado: Bueno, yo creo que es importante el entender que nosotros hemos analizados cuidadosamente nuestra posición. Parece que existe disparidad respecto a las otras partes, siendo importante que podamos regresar a la posición que antes teníamos.

Mediador: Entonces, lo que esta usted mas interesada es en regresar a su posición anterior.

Parte Actora: si, yo quiero de regreso mi trabajo.

Mediador: De acuerdo, pude usted platicarme un poco mas sobre esto. Tengo entendido que esta es la posición que inicialmente usted quiere. platique un poco mas sobre lo que dicho trabajo significa para usted en la presente situación.

Parte Actora: Bueno, he sido ejecutivo por lo menos 15 años, casi desde que la empresa empezaba, so he estado con ella desde sus inicios. La relación es muy profunda, y de repente me encuentro en el exterior por una razón injusta. Esto no esta bien, he invertido mucho trabajo en esta compañía a lo largo de los años.

Mediador: ¿Existen algunos aspectos del trabajo que mas le llaman la atención?

Parte actora: Desde luego, la negociación con los clientes. He negociado contratos y tenia la autoridad sobre el personal que trabajaba en la compañía. Muchas veces esto es importante toda vez que cada cliente merece un trato excelente por lo que acomodaba el personal que se adecuara con las características y necesidades del cliente. He estado negociando con contratistas y proveedores. Sin embargo hemos empezado a cambiar, la compañía ha cambiado en el sentido de realizar subcontratos.

Mediador: Que porcentaje de las plazas que La Compañía tiene continúan contratando con subcontratistas y que otro porcentaje trabaja directamente para la compañía.

Parte actora: no tengo idea, esa es el área de Jack Fenster, por que el

Mediador: Esta bien, esta bien,

Parte actora: pero, lo que quiero decir es que desempeñaba una gran cantidad de funciones en todo momento.

Abogado: Opino que es justo decir que el número se ha incrementado, el numero de personal interno que trata directamente con subcontratistas. Ha sido una practica el subcontratar el trabajo.

Mediador: Esta bien, y lo anterior ha influenciado su trabajo, cambio su esquema de actividades cuando la compañía comenzó a subcontratar.

Parte actora: Bueno, consideró que me ha causado alguna tensión, mi trabajo en sí no ha cambiado, mi trabajo ha continuado igual.

Mediador: Bueno, entiendo que usted dice que una de las cosas que realmente quiere es el regresar a su trabajo, entiendo lo anterior. Aunque entiendo también que puede no estar completamente agusto con lo anterior. ¿Ha pensado otras alternativas que no sean el regresar a su trabajo? : Yo obviamente no me he entrevistado con la otra parte participante, y no sé si esta pueda ser una opción, Pero, ¿si no ha conversado o

contemplado otra salida a esto?

Parte actora: No estoy seguro aun, estimo que regresar a mi trabajo es la opción segura, tengo 54 años e edad.

Mediador: Entiendo completamente

Parte actora: He invertido 15 años de mi vida en esa compañía y estaba esperando que vendría una recompensa, asenso o algo y en vez me encuentro sin trabajo. Por esto quiero mi trabajo de nuevo, me refiero que hay mas camino para mí, a mis 54 años no quiero retirarme solamente por que alguien no quiere que continúe trabajando. Tal vez ese sea s problema. Yo necesito mi trabajo de nuevo por que tiene un valor sentimental y de respeto personal agregado a el. Yo realizo un trabajo. Nunca he sido criticado por no hacer un buen trabajo.

Mediador: Parece ser que de lo que capto de lo recibido por usted y de su contraparte de lo contrario tiene que ver más con las relaciones de los miembros del personal. No sé la respuesta a esta pregunta: ¿Existen otras compañías como Electronics que continúan apoyándose en contratistas exteriores cuando las clases de habilidades que has construido en los pasados 15 años podrían ser especialmente de fácil venta?

Abogado: El mercado es muy limitado. Ellos son los más grandes empresarios – el mayor contratista – y cualquier otras opciones no lo presentarían a él con el tipo de trabajo y el prestigio del tipo de posición que la ha adquirido con ellos.

Mediador: Está bien.

Parte actora: Yo tengo 54 años.

Mediador: Entiendo. Sólo que necesito hacer estas preguntas porque no sé las respuestas a ellas. Ustedes dos sí. ¿Existe información que requieran de la otra parte para poder estar en posición de evaluar cuales son tus opciones y que tan fuerte su caso es si terminas por ir a la corte? Esta es una oportunidad para que haya un intercambio de información entre las dos partes.

Abogado: La información que hemos recibido hasta ahora sugiere que no hay ningún plan para reducir estos trabajos y esto es un incidente individual. Ellos han estado reacios a confirmar eso a nosotros por escrito.

Mediador: Está bien. ¿Esto significa que preferirías recibir cierta información con respecto a esas otras terminaciones, aunque haya otros despidos?

Abogado: Si

Parte actora: Si, estamos en búsqueda de mayor información, tu me preguntaste (dirigido al mediador) ¿si regreso a mi antiguo trabajo si me pudiese sentir incomodo?, Si existe una politica por parte de la empresa de hacer a un lado a los ejecutivos y remplazarlos por ingenieros subcontratados, ya que esta es una condición sobre la cual no tengo control.

Mediador. Bueno, eso realmente es una pieza relevante de información que tu tienes que obtener.

Parte actora: ¿Hacia donde vamos en el futuro si yo regreso a la compañía, entraré en sus programas y planes hacia el futuro?, presumo que nada continua igual.

Mediador: Bueno, en este punto estoy listo para ir con la defensa y hablar con ellos del porque estamos aquí. Necesito su consentimiento para expresar básicamente que usted quiere regresar a la compañía.

Abogado: Si, si se puede compartir esa posición, y yo creo que es importante que ellos entiendan el pro que, que creo que ya lo hemos compartido con usted. Y Usted puede compartir eso con ellos también, que opinas (dirigiéndose a la Parte actora). ?

Parte actora: si, estoy de acuerdo.

Mediador: Si resulta que ellos están recontratando el personal específico de su área, como política de empresa, ¿se me permite discutir el que usted regrese a otro tipo de posición en la compañía?

Abogado: Yo creo que necesitamos mas tiempo y una oportunidad para discutir lo anterior, así que sería posteriormente.

Mediador: ¿May alguna otra cosa que ustedes me comunicaron que prefieren que no se discuta y comunique a la otra parte?

Abogado: No creo.

Mediador: Bueno, entonces regresare en unos cuantos minutos.

Parte actora: perfecto.

Conferencia inicial con la parte defensora

Mediador: Bueno, he tenido la oportunidad de entrevistarme con el la parte actora, y les agradezco su paciencia por haberme esperado. Quiero recordarles que en un Caucus cualquier cosa que ustedes me comuniquen es confidencial a menos que ustedes me autoricen a divulgarlo a la otra parte. La manera en la cual llevare esto es que al final de esta sesión les preguntare si hay algo de entre lo dicho que no se quiere que sé de a conocer a la contratare. A veces es obvio, otras no, así que ustedes lleven una lista mental de lo que no les gustaría que se discutiera con la otra parte, de acuerdo.

Otros: De acuerdo.

Mediador: Esta bien, ahora obviamente tengo algunas cosas que me gustaría preguntarles, pero que ya que ustedes tienen un rato aquí ¿existen algunas cosas o temas que les gustaría discutir conmigo antes?

Abogado: Solamente para recordar los términos de mi declaración realizada al principio, mis clientes realmente no creen haber acudido injustamente, el Sr.. Binham fue despedido sin que su edad fuera un factor, y creemos que no tendremos dificultad en probar lo anterior.

Nosotros tenemos dos razones fuertes que no son discriminatorias, al contrario son ajustadas a la ley para haberlo despedido. La primera de ella es que el Sr. en cuestión fue disciplinado tres veces por insubordinación en un periodo corto de tiempo, de tres a cuatro meses. De acuerdo con las condiciones generales de trabajo, tenemos la facultad para despedirlo por lo anterior. Tengo que ser honesto con usted, una de esas

faltas consistió en que el Sr. recomendó a un cliente potencial que no realizara ningún trato con un compañero de trabajo. Y como usted conoce, de conformidad con las leyes de Minnesota, la insubordinación es una conducta tipificada que justifica la terminación de una relación laboral. Adicionalmente el Sr. Binham fue negligente al llevar su trabajo en la empresa, como Jessica pudo comentar ampliamente.

Segundo, y desgraciadamente es un hecho de la vida, el tipo de trabajo que realizaba el Sr. Binham ya no es requerido por la compañía, como es de su conocimiento la compañía esta usando y llevando parte de su actividad por medio de subcontratistas, como por ejemplo en el área de mercadotecnia en la que se desempeñaba el actor, debido a ajustes del mercado, no por decisión propia de la empresa, sino de la economía en general.

Mediador: Así que usted esta afirmando que se necesitaba un reajuste en la empresa y desdichadamente el Sr. Binham fue una de las víctimas que de dicho recorte, ¿Esto es lo que usted esta diciendo?

Defensa: Efectivamente, y si pudiéramos utilizarlo a él en cualquier otra área seguramente lo haríamos si él fuera un buen empleado, y dedicado a nuestra compañía, pero como ya se menciona el no esta dispuesto a ser parte del equipo. El no reconoce que nuestra compañía está cambiando.

Mediador: Usted esta diciendo que si él estuviera o fuera persuadido a ser parte del equipo, ustedes lo considerarían para reinstalarlo en alguna parte de la empresa. ¿es esto posible;

Defensa: Nosotros no estamos cerrados a las opciones, estamos restructurándonos de una forma efectiva, y estamos aprovechado las habilidades de cada uno de nuestros empleados, sin embargo, el Sr. Binham nunca probó que estuviera dispuesto a luchar por nuestra empresa.

Abogado: Creo que ya hemos superado la posibilidad de reinstalar al Sr. Binham en nuestra organización, corrijanme si no, pero creo que no es la solución él encontrarle un espacio en nuestra compañía.

Mediador: Tomare esto en cuenta, pero como les mencione, me entreviste con el actor antes que ustedes, y yo creo que tienen interés en regresar a trabajar para ustedes, creo que ustedes sienten que sus argumentos a favor son muy fuertes, pero tengan en cuenta que si la compañía actualmente tiene puestos vacantes, y si alguno de ellos es ajustable a las capacidades del Sr. Binham en el que pueda probar que esta comprometido con la sociedad, esto puede ser un factor en el cual se llegue a un acuerdo. Pero eso es algo que regresaremos a tratar después, solo quiero que lo tomen en cuenta y espero que.....

Defensa: Mi razón para establecer nuestros argumentos es en el sentido de que nuestra compañía no esta interesada en despedir a buenos trabajadores, pero si necesitamos tener cuidado en cuanto a que es aceptable para nuestro negocio y que es lo que nos funciona bien.

Mediador: Estoy consciente de eso, y de las conductas que ustedes observaron.

Abogado: Bueno, eso no significa que pueda haber algún tipo de compensación en este caso, si nosotros lo podemos colocar en alguna otra subsidiaria, o podemos tomarlo como empleado en un plan de retiro voluntario. Él puede tener una oficina, Nosotros estamos de acuerdo en que recomendaremos al SR Binham para cualquier

referencia. Existe flexibilidad en cuanto a mantener su pensión y seguridad social durante este lapso.

Mediador: De acuerdo, esto puede ser útil, ahora después de revisar sus declaraciones iniciales y de haber escuchado sus presentaciones, tengo algunas preguntas para ustedes, y podrá ser este un buen tiempo para preguntarias.

Abogado: De acuerdo, pero antes de proseguir, uno de los usos en los que me apoyo de la mediación es el que prefiero que el mediador se honesto conmigo en cuanto a los riesgos de mi posición.

Mediador: Antes de que realice lo anterior, ¿existen otras opciones que ya observaron?, Ustedes hablaron de retiro voluntario, de tenerle una oficina ¿qué otras cosas están dispuestos a ofrecer en este momento?

Abogado: Bueno hemos ofrecido como parte de su programa de retiro voluntario que reciba la mitad de su salario anual. Estamos dispuestos a ofrecer lo anterior, y él mantendrá su seguro medico durante un tiempo razonable para él mientras busca otro empleo.

Mediador: Perfecto, y ustedes establecieron el tipo de recomendaciones que efectuarían si otras compañías piden referencias.

Abogado Si

Defensa: Definitivamente le daríamos a cualquiera buenas referencias

Abogado: Es importante destacar que estamos dispuestos a negociar una compensación o indemnización, me gustaría oír lo que sobre esto tiene que decir. Se mencionó anteriormente de que si hubiera oportunidades en la compañía, francamente creo que esta es una situación que no se debe ni puede contemplar.

(Posteriormente cada una de las partes se reúne con sus abogados para discutir las opciones que se han planteado, la parte actora decide solicitar una cantidad y respetar la propuesta de conservar un plan de retiro voluntario, esto es comunicado al mediador, Asimismo, el mediador establece con la parte demandada una aproximación de lo que ellos ofrecerían como compensación y se pasa a la siguiente etapa)

Continuación de la conferencia del mediador con la parte de la defensa.

Mediador: Bueno, lleve su oferta de 90,000 al actor y ellos no la aceptaron, a su vez están demandando, por un numero de 250,000.

Defensa: Es ridículo, no es posible, esta cantidad no tengo la autoridad para disponer de ella y llegar a un acuerdo por esa suma. ¿De donde la defensa llegó a tal suma?

Mediador: bueno, ellos estaban buscando esa cantidad basándose en situaciones específicas, argumentando que fue un despido injustificado y es discriminatorio.

Defensa; eso no es correcto, es probado Que hubo razones. El negligentemente le dicho a un cliente que no tratara con nuestro ingeniero, hay ciertas....

Mediador: Yo sé, lo he dicho antes, pero una preocupación que tengo y que observo desde afuera de este conflicto es que, si efectivamente le dijo el actor a un cliente de que no trabajara ni contratara con su ingeniero, pero la compañía no lo despidió en ese

momento, hubo otras cosas, paso el tiempo se hablo de un retiro anticipado, se mando el momo escrito por el gerente, el cual está redactado en un lenguaje rudo. Este es el problema, Ustedes tuvieron otros incidentes que ocurrieron después de que no recomendara al cliente.

Abogado: Bueno, yo nunca aconsejaría a mi cliente a pedir la suma descrita, asumo que es una estrategia de presión conjunta con el alegato de despido injustificado y discriminatorio.

Mediador: Bueno, yo no quiero dejarlos con la impresión de que se están basando en esto únicamente. Ellos están basándose en una gran cantidad de asuntos que ya se hablaron en los Caucus, y me parece que están listos y ansiosos de demandar en un juzgado, pero también opino que estamos ante la oportunidad de llegar a un acuerdo monetario mediante el cual él reciba una compensación y se quede fuera de la compañía, siendo esta última la situación que ustedes quieren. Yo sé que la suma pedida es muchísima más de lo que ustedes pensaban, pero usted es un experimentado abogado por lo que ya conoce como son este tipo de casos. La pregunta es si ustedes pueden aumentar su oferta inicial de 90,000 dólares.

Abogado: Posiblemente usted nos pueda ayudar, por lo que quiero que sea lo más franco posible, ¿tiene usted alguna noción de cuál va a ser su oferta final?, ya que estamos muy lejos de llegar a un acuerdo y ya hemos tenido varias juntas en común.

Mediador: De acuerdo, tengo una idea de cuánto van a pedir como mínimo, por lo que pienso que este asunto se puede arreglar entre 140,000 y 180,000 dólares, reduciendo en gran medida la cantidad estipulada inicialmente por la parte actora, lo que para ustedes sería de mucho beneficio. Asimismo opino que sería bueno de su parte el que valuaran que alguno de los beneficios de los que se han platicado anteriormente formaran parte de la suma que se le entrega al actor.

Abogado: Bueno, creo que una de los principales objetivos que usted tendría sería disminuir el pago final lo más que se pueda. ¿Sería mas atractivo si nosotros proponemos un tipo de paquete por el cual podamos hacer pago diferido?

Defensa: Eso sería más atractivo.

Mediador. Bueno, aun no lo he discutido con ellos, pero pienso que es una opción que vale la pena discutir.

Abogado. Le agradezco su franqueza con respecto a donde usted cree que los demandantes pedirán. A pesar de que lo agradezco, nosotros no estamos en la posición de aceptar la posición que usted dice será la final.

Mediador: Comprendo, yo no pretendo que en esta etapa de la mediación ustedes tomen esa posición. Yo pienso lo que sería sensato, usted hágame saber si quiere o no continuar. Sería cosa de que ustedes hablaran y decidieran que tipo de oferta quieren que yo le lleve a la parte actora.

Abogado: ¿le interesa?

Defensor: Si eso suena viable.

Abogado: De acuerdo

Mediado: los dejare solos

Abogado: Muchas gracias.

Continuación de la sesión de Mediación con la Parte Actora.

Mediador: tuve la oportunidad de realizar otra junta con la defensa, y definitivamente se ha avanzado en la conciliación de ambas posturas, lo que es bueno. Usted me había pedido que les propusiera 180,000.00 dólares y ellos no aceptaron esa cantidad, cosa que no es de sorprenderse, pero han aumentado su oferta anterior. En este momento ellos ofrecen 100, 000 dólares más gastos médicos hasta que se cumpla el término para su jubilación voluntaria. Usted me tiene que ayudar si el ofrecimiento tiene valor para usted. Entonces, a cambio de esto, lo que ellos quisieran hacer es realizar estos pagos en un lapso de tiempo. Ellos me han explicado, y esta es la primera vez que lo escucho, y tengo la autoridad de comentárselos a ustedes, que ellos en este año esperan hacer inversiones significativas en equipo. Yo imagino que es parte de un programa para hacer el trabajo ellos en vez de utilizar contratistas externos.

Abogado. Cuando usted dice un “lapso de tiempo”, de que periodo de tiempo en específico estamos hablando.

Mediador: Como usted sabe, ellos no me han definido lo anterior. Como yo lo entiendo, la mayoría de sus inversiones deben ser realizadas este año y por lo tanto ellos tendrían problemas si realizan el pago en cuestión en una sola suma

Abogado: ¿Así que probablemente estamos hablando de dos años?

Mediador. Sí

Abogado: Yo creo que el periodo de tiempo se debe definir, ya que eso va a ser un asunto de discusión. Esto no se había discutido antes, y obviamente las cantidades de las que estamos hablando aún no son satisfactorias. Pero yo creo que debemos tener definido el periodo de tiempo para poder evaluarlo.

Mediador: absolutamente, usted prefiere que ellos propongan el tiempo, o le gustaría hacer una propuesta.

Abogado: Bueno, yo creo que podemos hablar de lo que sería aceptable, para que podamos hablar de ello y hacerle saber cual es nuestra posición, nuestra pregunta es: Si ellos no le han dado un periodo que este bien en este momento, ¿Si nosotros podemos discutir si ese término es aceptable y hacerle saber nuestra posición al respecto?.

Mediador: Esta bien, haciendo a un lado los beneficios, he entendido de algunas de sus conversaciones que he tendido con ustedes es su preocupación en tratar de buscar una compañía que le provea cobertura médica.

Parte actora: Sí, ya que eso es de gran importancia para mí puesto que cuesta mucho.

Mediador: Absolutamente, por lo que estoy asumiendo que es de cierto valor para usted si sus beneficios de salud que tiene actualmente se pueden seguir aplicando durante un periodo de 6 años.

Abogado: Estamos hablando del mismo nivel de beneficios de los que mi cliente estaba recibiendo en el momento de su despido.

Mediador: Sí básicamente fuese mantener a su cliente en el mismo plan de salud que

actualmente tenía, que ellos han.....

Abogado: Incluyendo plan dental.

Mediador: Sí

Parte actora: De manera que yo no tenga que salir y.....

Mediador: Claro, claro, sería como si no hubiera existido ningún cambio, por lo menos en cuanto a los beneficios de salud para usted. Yo no se en cuanto le saldrían los servicios médicos si usted no estuviera cubierto por su plan de salud. Yo opino que sería relativamente caro.

Parte actora: No sólo eso, es un gasto que yo no tengo en este momento, y no pensaba tener por algún tiempo.

Mediador: correcto. Yo no sé que valor le da usted a lo anterior anualmente.

Abogado: Bueno, si ellos van a continuar con sus beneficios médicos y dentales el valor va a ser diferente. Usted no puede comparar el hecho de obtener dichos beneficios en él en el mercado contra lo que ellos van a hacer.

Mediador: Seguramente les costara menos a ellos de lo que les costaría a ustedes.

Abogado: ¿Será?

Mediador: pero eso sería ahorrarles a ustedes la cantidad que ustedes gastarían.

Parte actora: ¿y esto es por seis años?

Mediador: Así es. Entonces el plan de retiro voluntario con todos los beneficios de la pensión entraría en vigor, y yo supongo que también hay beneficios de salud en su *plan de retiro*.

Parte actora: y no hay restricciones si yo voy a trabajar en otra compañía.

Mediador: Ahh...nosotros no hemos hablado de eso. Yo creo que esa sería un obstáculo en cualquier propuesta que usted les realice. La pregunta acerca de si usted podría entrar a otra compañía o realizar trabajos de consultoría por su parte le limitan lo que le da la parte demandada es algo que usted les debe preguntar.

Parte actora. Eso no puede estar en riesgo.

Abogado: es positivo que la contraparte este dispuesto a hacerlo, por que esto es un tema que tiene valor monetario y es importante. Pero aún estamos hablando que la compensación de 100,000 dólares no es adecuada,

Parte actora: Ellos no han aumentado su parte, nosotros hemos sido los que hemos descendido

Mediador: Bueno yo quiero presionarlos por que va haber un valor asociado con los beneficios discutidos anteriormente, yo creo que el gasto para ellos es menor de lo que va a ser para usted si lo compra por su lado, por esto yo quiero que pongamos un valor monetario a lo que usted considera sería el valor de estos beneficios.

Abogado: yo creo que a lo más, estamos hablando de 5 o 6 mil dólares.

Mediador: ¿al año?

Abogado: Si anualmente

Mediador: entonces esa cantidad por los seis años estamos hablando de entre 30 a 36 mil dólares, ¿correcto?. Tengamos en mente que eso es parte del paquete, por lo que si ustedes están pensando en términos globales estamos hablando de que 130 a 136 dólares es la cantidad que ellos están ofreciendo en este momento. Yo creo que sería apropiado que ustedes dos tengan una oportunidad para discutir esta postura.

Abogado: Bien hagamos eso.

Mediador: esperare afuera, déjeme saber cuando ustedes estén listos para que entre.

Abogado: OK, deme unos minutos para discutirlo.

Mediador: de acuerdo.

Conferencia final con el Mediador, la Parte actora, Demandada y los Abogados de ambas.

Mediador: Bueno, los he reunido de nuevo, con el objeto de estar seguro que todos ustedes estén de acuerdo con los términos del acuerdo al que se ha llegado. Únicamente quiero decir que todos ustedes han trabajado arduamente, han hecho en realidad un buen trabajo y creo que este acuerdo es el resultado de todo el trabajo que han realizado. Lo que yo he escrito como descripción del arreglo es: primero, habrá un pago total por la cantidad al actor de 135,000 por daños y perjuicios. Que la compañía también pagara por los costos de seguro de gastos médicos hasta que el demandante alcance la edad de 60 años. Que la separación entre ustedes será descrita como una renuncia voluntaria en vez de un despido, y que la compañía le dará una carta de recomendación y creo que el borrador de esa carta usted ya lo ha revisado.

Abogado del actor: Si eso es cierto,

Mediador: Bien. Hay algún otro término que se necesite incluir y que yo no haya mencionado.

Abogado del defensor: nosotros hemos discutido confidencialmente y esto será un acuerdo totalmente confidencial, comenzando a serlo a partir de ahora. No a partir del momento de que se firme, sino a partir de este momento.

Mediador: eso esta bien con ustedes dos.

Abogado del actor: La única aclaración de lo anterior, es en el caso de que se necesite exponer o presentar para tratar sobre asuntos financieros, impuestos, inversiones

Abogado defensa: Esta bien.

Mediador Esta bien con usted:

Abogado del defensor: Eso se describirá en donde ¿en el documento?.

Abogado del actor: Lo veremos en el momento de la redacción final.

Abogado de la defensa: esta bien

Mediador: De acuerdo, según entiendo Kathellen es la que hará el borrador de los documentos del acuerdo.

Abogado del actor: eso es correcto.

Mediador: perfecto. Y después tu se lo darás a Garry para que lo revise.

Abogado del actor: sí

Mediador: obviamente con este acuerdo se libera de cualquier demanda que usted tenga en contra de la compañía. Eso esta por demás decirlo.

Abogado defensa: únicamente tengo otros dos asuntos. Uno es que me gustaría que se *regresaran los documentos que nosotros le otorgamos. Alguno de ellos contienen información importante.*

Abogado del actor: les regresaremos todo.

Abogado de la defensa: bien

Abogado del actor: nos ocuparemos de eso al redactar el acuerdo

Mediador: esta bien, perfecto, bueno yo, si ustedes gustan puedo redactar los términos básicos que les mencione en un modelo básico, y después dárselo a ambas partes redactándolo después usted en una forma más formal.

Abogado de la defensa: bien.

Mediador: haré eso, muchas gracias y buena suerte en el futuro.

Otros Gracias.

En este momento se termina el procedimiento de mediación.