



Anuario del Centro de Estudios Humanísticos

HUMANITAS

2002

Edición 29

MEDIACIÓN, UN ACERCAMIENTO REAL A LA JUSTICIA

Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez¹

SUMARIO: Introducción; 1.- Concepto; 2.- Crisis de la Justicia; 3.- Aplicación de la Mediación en otros Países; 4.- Características de la Mediación; 5.- Ventajas de la Mediación; 6.- Tipos de Mediación; 7.- Etapas de la Mediación; 8.- Acuerdo de la Mediación; 9.- Áreas o Clases de Mediación; 10.- Conclusión.

Introducción.- El tema de la mediación hoy en día esta en boga, como lo fue en su momento el arbitraje comercial hace diez años, empero, este último a pesar de contar con una normativa *ad-hoc* en nuestro país no a terminado de consolidarse, situación extremadamente preocupante, ya que ambos representan una opción real a la solución de la impetración de la justicia², por lo que es apremiante darlos a conocer a todos los sectores de la sociedad y sobre todo crear una cultura para su aplicación, romper con el modelo rígido adversarial de nuestro sistema judicial, convenciendo que su aplicación nos acerca mas a la justicia, en base a razonamientos de las partes que establecen criterios mas equitativos para la resolución del conflicto, dejando a un lado el paradigma de su utilización y validez por el de su aplicación como principal hipótesis³.

Para respaldar lo anterior he decidido definir en primera instancia lo que es la mediación, analizándola desde el punto de vista de los conceptos de justicia y equidad, subrayando la actitud que el abogado debe de asumir ante la crisis de la impartición de la justicia, para después dar paso a su contexto global en los diferentes sistemas jurídicos en base a una micro comparación sincrónica.

Estableceré su marco conceptual señalando de forma taxativa sus características, sus ventajas, los tipos de mediación, así como las etapas del procedimiento, los efectos del acuerdo y las diferentes clases o áreas proclives a la mediación, sustentándolo en el método deductivo y exegético, con base en una técnica documental.

1.- Concepto.- La doctrina nos señala innumerables definiciones de mediación, como tantas definiciones hay del derecho, por tanto citare solamente a los autores que desde mi punto de vista abarcan los elementos sustanciales de la mediación, según la escuela americana y argentina⁴.

Folberg y Taylor la definen como un procedimiento 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 mismas a cada una de las partes⁵; en el mismo sentido Falcón establece

que la mediación es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a que estas en forma cooperativa encuentren el punto de armonía y solucionen su conflicto⁶, podemos concluir que el elemento principal de la mediación es la armonía, por lo tanto tendrá que ser congruente, ya que son las partes las que resuelven su conflicto de forma voluntaria según su conveniencia y necesidades⁷, apoyados por un tercero "mediador" que utiliza técnicas específicas⁸ actuando como facilitador en la conducción del procedimiento, por lo que el acuerdo final es más justo y equitativo, que si fuese dictado por un juez.

Lo anterior nos hace pensar que la justicia es más equitativa cuando las partes así lo resuelven en base a un procedimiento no adversarial, y no cuando se someten a un proceso judicial, que aplica estrictamente el derecho⁹. Por equidad entendemos proporción y equilibrio, es decir, la conciliación y la paridad entre los derechos y las obligaciones de quienes participan en una relación jurídica¹⁰.

Por Justicia entendemos según Toral Moreno¹¹ la legalidad o apego a la ley o dicho de otra manera es la correcta e imparcial interpretación y aplicación del derecho positivo, en este contexto Goldschmidt afirma que el derecho siempre es positivo y que la justicia no lo es necesariamente, por lo que no en todos los casos la justicia es equitativa por que el derecho en ocasiones infringe el bien común o el bien divino¹², por su característica generalizadora, al respecto Garcia Maynes¹³ señala que la Ley necesariamente es siempre general por lo que se dan omisiones a casos particulares y es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posiblemente hacerlo bien, siguiendo esta misma idea Moreno Navarro¹⁴ señala que la equidad es lo justo, pero no lo justo legal, tal y como se desprendería de las palabras de la ley, sino lo auténticamente justo respecto al caso particular, desprendiéndose de esto la máxima de que no todas las leyes son justas.

Al respecto Basave esclarece los razonamientos anteriores señalando como exigencia se le reconozca a la persona humana y que sea tratada, como cualquier otro hombre, como absoluto principio de sus propios actos libres y responsables, según el principio *jus justitiae*, cada persona tendrá el derecho y la posibilidad de conservar lo suyo.

Lo suyo significa no solo lo que determina el derecho positivo, sino también lo que inspira y preceptúa el Derecho natural o intrínsecamente justo que tiene un fundamento indubitablemente antológico. Es suyo de cada persona su organismo natural y su espíritu con todas sus potencias y facultades. Y los mismos actos que la persona realiza con conocimiento de

causa y con voluntad libre le pertenecen como suyos. Se falta a la justicia cuando se nos imputan o atribuyen actos que no hemos realizado, que no son nuestros sino de otros. Los atributos antológicos constituidos por la inteligencia y la voluntad libre nos convierten en autores responsables de nuestros actos. Debemos atribuir el acto y las consecuencias a su autor, que es causa eficiente del mismo.

Lo mejor de la justicia se cumple de forma voluntaria, espontánea, virtuosa. El Estado —no hay que olvidarlo— solo puede realizar una justicia imperfecta¹⁵.

Podemos concluir entonces que al prevalecer la voluntad de las partes en el procedimiento de mediación, y ser ellas mismas la que determinan sus obligaciones y derechos ante la existencia de un conflicto y establecen un acuerdo, conforme a su propia naturaleza y conveniencia estamos en presencia de una opción real de alcanzar la justicia.

2.- Crisis de la Justicia.- La justicia esta en crisis consecuencia de cuatro elementos, primero el poder judicial no se da abasto para cumplir con la demanda de resolución de litigios que le exige la sociedad, sus esfuerzos han sido a la fecha limitados, ya que al aumentar el numero de juzgados y juzgadores no ha resuelto nada, al igual que la supuesta profesionalización y sistematización tecnológica, no hay que negar que estos dos últimos han abatido problemas como la corrupción y la burocracia, pero no el gran atraso de expedientes y el incumplimiento de términos procesales.

El segundo elemento es el difícil acceso a la justicia, no es igual para todos, en toda sociedad y en todo sistema jurídico se debe de proveer a la población de modos de solucionar sus conflictos (judiciales o alternos), ejercer sus derechos y debe de estar al alcance de todos en condiciones de igualdad, no siendo este un problema estrictamente nacional, lo mismo sucede en países como argentina¹⁶, por nombrar alguno, lo cierto es que los costos por esta justicia a medias son muy altos.

El tercer elemento es la ignorancia y el escaso conocimiento de los métodos alternativos para la solución de controversias (MASC) por parte de la sociedad en general, las organizaciones no gubernamentales se dedican a exigir pero no son propositivas, las organizaciones de profesionistas están sordas y mudas, las cámaras industriales y de comercio no hacen nada por sus agremiados, las instituciones educativas duermen igual que todos el sueño de los justos y el claro desdén por las ciencias sociales, la no existencia de políticas publicas a largo plazo que impulsen los MASC, todo esto se traduce en un conformismo y una falta de preparación que tiembla

uno al pensar que Octavio Paz tenía razón, cuando en su obra el laberinto de la soledad dibuja a la sociedad mexicana como conformista e inculta.

El cuarto elemento son los abogados, nos hemos limitado a observar, a desempeñarnos como litigantes, como consultores jurídicos en el mejor de los casos, pensando mediocremente en nuestro beneficio económico, y dejando a un lado el beneficio real a la sociedad, vivimos en el error, jugamos con las mismas reglas que nos impone el estado, seguimos bajo su rígida tutela, como analizamos anteriormente esta fuera de contexto y realidad, tenemos la oportunidad de cambiar esto, tenemos que salir del sistema adversarial y pensar en el universo de la resolución de disputas¹⁷, pensar en la resolución de controversias con un perspectiva distinta con un abordaje diferente al análisis y solución de los problemas, nuestra visión tiene que ser futurista y realista, el Estado poco puede hacer por nosotros en este contexto, ayudemos a que el poder judicial verdaderamente se profesionalice y conozca solo de aquellos casos en que las partes no puedan resolver por si solas, convirtamos a la mediación y al arbitraje en factores de cambio político, social, económico, apliquémoslos, realmente funcionan.

3.- Aplicación de la Mediación en Otros Países.- Estos elementos señalados anteriormente no son privativos de la nación mexicana, pero si significativos, para valorar nuestro estadio jurídico es necesario que analicemos sucintamente la experiencia de otros países como Estados Unidos, Canadá, Colombia, Argentina, España, Francia y China, y darnos cuenta de la relevancia e importancia de la mediación y tomemos acciones específicas al respecto.

Estados Unidos a vivido tres etapas, la primera de ellas de experimentación en los años 70 con la aparición de los centros comunitarios de mediación, con el patrocinio del Fiscal General; en la década de los 80 como la fase de implementación, en 1980 el Congreso convirtió en ley federal la Acta de Resolución de Disputas que disponía la elaboración de un programa dentro del Departamento de Justicia que a su vez crearía un Centro de Información y un Comité Asesor con apoyo financiero para el desarrollo, implementación y patrocinio de los MASC; los noventa es considerada la fase de regulación, el Congreso impone a los Tribunales federales la obligación de designar una comisión para implementar los MASC incluyendo a la iniciativa privada, actualmente existen aparte de los programas gubernamentales mas de 400 organizaciones dedicadas a los MASC¹⁸.

El caso Canadá es significativo por la influencia de Estados Unidos, existen instituciones creadas desde los setentas, pero no es hasta 1985 cuando se legisla la mediación como tal en el ámbito familiar con la Ley

Federal de Divorcio, el tema continua en evolución y análisis a través de programas gubernamentales de los diferentes estados a través de un esquema multidisciplinario¹⁹.

Colombia es una de los países latinoamericanos mas avanzados en el tema, el Congreso Nacional a través de la Ley 23 del año 1991 creo una serie de mecanismos. Que actúan como alternativos a la justicia tendientes a descongestionar la vía judicial. Los centros de mediación están bajo el control del Ministerio de Justicia, este autoriza el funcionamiento de centros dentro de asociaciones, gremios y cámaras de comercio. La ley obliga a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho a organizar su propio centro de mediación, donde el servicio prestado deberá ser gratuito, en cuanto a las materias comprendidas en la mediación pueden someterse a la misma todas aquellas que sean susceptibles de transacción, desestimiento o conciliación. En todos los campos del derecho hay conciliación previa obligatoria desde 1989 en que se modifica su código procesal²⁰.

Argentina es otro de los países latinoamericanos que demuestra un gran avance impulsando a los MASC en todos los frentes, sociales, políticos, académicos y gubernamentales, teniendo como resultado la obligatoriedad de la mediación previa a la vía judicial, según la ley 24.573, teniendo esta una vigencia de 5 años, ante el hecho de sus resultados positivos se prolongo su vigencia por 5 años mas, la cual tendrá vigencia hasta abril de 2006, Boletín Oficial del 24 de agosto de 2000, como principal instrumento de culturización del pueblo argentino en materia de MASC²¹.

El caso español es muy especial ya que desde 1239 en el Tribunal de aguas de Valencia operaba la conciliación y la Mediación, de igual manera en las ordenanzas de Bilbao en 1737 y de Burgos en 1776; aparece regulada en la constitución de 1812, empero, en 1984 se le da un carácter de facultativa. Actualmente, los esfuerzos por impulsar los MASC en España están a cargo del Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, principal actora de la Ley 36/1988 sobre Arbitraje Interno e Internacional, considerándose como un gran avance ya que la ley de arbitraje de 1953, no impulsaba la cultura de los MASC²².

Francia es otro país europeo que se encuentra a la vanguardia, la mediación en este país inicia con la figura del *ombudman*, personaje que actúa como mediador entre los particulares y los distintos organismos públicos, esta institución data desde 1973 en que se dicto una ley instituyendo el Mediador de la Republica, que fue complementada y modificada en 1989 y 1992. Desde 1977 funciona la figura del conciliador vecinal que actúa de forma unipersonal, en calidad de simple vecino, designado por el presidente del Tribunal regional de Apelaciones.

Actualmente la mediación a desbordado el ámbito administrativo y a penetrado en el procedimiento civil y se esta trabajando en su utilización en materia penal²³.

El caso de China es realmente ejemplar, cuenta con uno de los programas de mediación mas completo del mundo, ya que la mediación no es solo un mecanismo de solución de conflictos, sino un método para ejercitar los valores sociales con la participación directa de las partes en conflicto, sobre todo en el campo, fabricas, minas y las comunidades vecinales, en Chungking una ciudad de 12 millones de habitantes funcionan 11,855 comités de mediación con 90,638 mediadores, esto significa un mediador por cada 100 habitantes²⁴.

La panorámica mundial nos muestra el camino de la necesaria implementación de los MASC en nuestro país de una forma institucional, con apoyos reales de los tres niveles de gobierno, siguiendo el ejemplo de Estados Unidos, de Argentina y China; el gobierno mexicano a impulsado al arbitraje, pero a tenido un desdén por los demás MASC utilizando únicamente instituciones como PROFECO o la CONDUSEF para aplicarlos, o la Procuraduría General de la Republica que recientemente convoco a las procuradurías estatales para la aplicación de la mediación en sus procedimientos, esto resulta paradójico, si el gobierno federal conoce las bondades de los MASC, por que no existen políticas publicas a largo plazo para implementarlos.

Por otro lado, existe un esfuerzo por parte de los estados, como son el caso de Quintana Roo, Aguascalientes, Sonora, Querétaro, Jalisco y Nuevo León lo que demuestra acciones concretas mas no contundentes a excepción de los estados de Jalisco con el artículo 282 bis de su Código Civil que somete obligatoriamente a las partes a la conciliación antes de iniciar el proceso, Querétaro con su ley de justicia alternativa y Nuevo León, donde actualmente existe en proceso para la creación de una Ley de Mediación, así como la modificación a su Constitución, al Código Civil, al Código de Procedimientos Civiles, a la Ley Orgánica del Poder Judicial, al Código Penal, a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia y su reglamento, como una reforma integral, acciones que los demás estados deberían de considerar como pertinentes y validas, para crear una cultura sobre los MASC en todo el país.

4.- Características de la Mediación.- Las características de los MASC son las mismas a excepción del arbitraje²⁵ que por si solo es vinculante, destacando que el mediador es solo un facilitador no interviene en la solución del conflicto, el conciliador sugiere la solución²⁶ y el árbitro resuelve la controversia.

Es relevante destacar las características de la mediación para comprender sus bondades en contraposición del sistema judicial son: a) Confidencialidad; b) Voluntariedad, c) Flexibilidad; d) Cooperativa y creativa; e) Rapidez y economía; f) Neutralidad y; g) Autocomposición.

a) Confidencialidad.- Significa que toda revelación efectuada durante el procedimiento no podrá ser divulgada o utilizada en algún otro proceso, a demás de no generar consecuencias económico sociales²⁷. La confidencialidad cubre tres aspectos:

1.- Frente a terceros: Las partes firman un convenio de confidencialidad, el mediador no podrá revelar nada de lo ocurrido durante el procedimiento, ni tampoco podrá ser citado a juicio para declarar sobre ello, esto facilita la resolución del conflicto ya que permite a las partes explayarse con facilidad;

2.- Frente a la contraparte: Cuando el mediador recibe información específica o detallada sobre el conflicto de forma separada no podrá ser relevada a la otra a menos que esta lo permita;

3.- Frente al propio mediador: Cuando el mediador actuó sobre un procedimiento determinado no podrá en subsiguiente ocasión conocer en otra instancia, ya sea como juez o como abogado, por que podrá violar la confidencialidad²⁸.

b) Voluntariedad.- Es la principal característica de los MASC, en especial de la mediación por no ser esta según su naturaleza, vinculante, la voluntariedad se expresa en el contrato suscrito por las partes y en el caso de que no exista solo si las partes ha si lo deciden se perfeccionara en una reunión previa al inicio del procedimiento y constara por escrito, lo que en el argot arbitral se denomina acta de misión²⁹, que de igual manera podría denominarse en la mediación.

c) Flexibilidad.- Las reglas a las cuales se someten las partes podrán aplicarse con libertad y ser modificadas siempre y cuando ambas partes estén de acuerdo, dichas reglas serán fijadas por la institución que administre el procedimiento, si se tratara de un procedimiento *ad-hoc*, tendrán que respetar en todo momento la voluntariedad y la confidencialidad. Cada mediador podrá establecer sus propias reglas, adaptarlas a su estilo dependiendo del área o modelo de mediación que se aplica, y que sea coherente con el fin de lograr comportamientos cooperativos³⁰.

d) Cooperativa y creativa.- Como se menciona en el párrafo anterior es necesario generar un ambiente de cooperación entre las partes, al igual que utilizar el intelecto y la imaginación para ser creativos, buscar opciones, para solucionar el conflicto esto lleva a que las partes se esfuercen para imaginar posibles formulas que no dejen de lado sus intereses y necesidades reciprocas lo que habrá de lograr a través de una lluvia de ideas, ese cúmulo de ideas se analizará y posiblemente se encontrará la solución que estaba a la vista de todos o se concluirá que el conflicto no era como se pensaba y no estaba constreñido al planteamiento inicial³¹.

e) Rapidez y economía.- Esta característica permite una confrontación directa con el proceso judicial, los costos de la mediación son inferiores, en un proceso judicial sabemos cuando empieza pero no sabemos cuando termina, ni cuanto nos costará, pensando en la recuperación real del monto motivo del conflicto, que trae consigo perdidas millonarias y no hacen mas que alentar el conflicto, sin contar los honorarios y gastos de los abogados, mas las dadas procesales, ahora bien que significa la rapidez, que en dos o tres audiencias las partes logran limar sus diferencias y llegan a una solución en breve tiempo³².

f) Neutralidad.- Es de capital importancia ya que si el mediador toma partido o se inclina por alguna de las partes fracasara, el mediador debe administrar y controlar el procedimiento, dirigirlo, marcar las pautas. Manteniendo la neutralidad posibilita la comunicación entre las partes para que a partir de sus posiciones, se pueda llegar a los intereses reales, de esta forma el acuerdo será a la medida de las partes y tendrá no solamente la fuerza del acuerdo final, si no también la fuerza moral de su cumplimiento³³.

g) Autocomposición.- Consiste en la terminación del conflicto por voluntad de las partes, puede ser unilateral o bilateral, esto es que se puede reconocer, renunciar o negociar derechos, obligaciones o pretensiones ante un conflicto de intereses por alguna de las partes, si recordamos la definición de mediación, son ellas las que llegan un acuerdo para solucionar el o los problemas, algunos autores no clasifican dentro de la autocomposición a la mediación por la intervención del tercero³⁴, pero hay que recordar que el convenio lo hacen las partes no lo propone el mediador a diferencia del arbitraje que la solución la da el tercero o el judicial que la impone el juez, sin embargo, analizando las características de la mediación y de la autocomposición, no es mas que el ejercicio de la voluntad de las partes.

5.- Ventajas de la Mediación.- Las ventajas pueden deducirse de las características del procedimiento como un resultado de su aplicación práctica y de su naturaleza entendiendo el papel que juegan las partes, ya que son estas las que determinan el accionar y el rumbo del mismo,

atendiendo entonces a un efecto puramente humano, dando como resultado una pluralidad de opciones, se han hecho algunos estudios serios al respecto, como lo son el de Marinés Suares³⁵, Rodríguez Villa³⁶, Urribari Carpintero³⁷ coincidentes y que contraponen dichas ventajas al proceso judicial, confirmando el numero elevado de opciones, por lo que sólo señalaremos algunas:

- Desahogo o alivio a los tribunales en sus cargas de trabajo;
- Ahorro de tiempo en la resolución del conflicto.
- Ahorro de dinero por pronta recuperación;
- No hay ganadores ni perdedores;
- Aumento de la creatividad ya que no hay limite para ello mas que el orden público;
- Aumento de protagonismo de las partes y de su responsabilidad;
- Promueve la colaboración de las partes;
- Desde el principio orienta las acciones a futuro;
- Utiliza el conflicto como la posibilidad de crecimiento personal y cambio positivo;
- Las soluciones disponibles a través de los procedimientos judiciales son limitadas por estatutos, ley o tradición legal;
- Evita el problema de instruir al juez;
- Etc.

6.- Tipos de Mediación.- Los tipos de Mediación que existen según señalan algunos autores son muy variadas basándose en el tipo de conflicto y la relación que esta guarda con una área determinada del derecho, considerando que están en un error, ya que el tipo se clasifica según su naturaleza, como sucede con el arbitraje (derecho y equidad), puede tener infinidad de áreas o clases (comercial, civil, administrativo, laboral, familiar, electoral, etc.) pero siempre será conforme a derecho o en equidad, en la mediación no necesariamente tendrá que ser conforme a derecho, ya que el acuerdo se basa en percepciones humanas y en el sentido común, que pueden tener de apoyo el derecho, es innegable, empero, será el resultado de la negociación lo que determinará si fue conforme a derecho o en equidad, no por su naturaleza.

Siguiendo esta misma lógica los tipos de mediación son tres:

a) Obligatoria u oficial; b) Voluntaria o privada; c) Optativa.

a) Obligatoria u oficial.- Será cuando existe una disposición legal o normativa que imponga dicha vía a las partes involucradas en un conflicto;

b) Voluntaria o privada.- Cuando las partes se someten a la mediación por propia o deliberada decisión, a través de un contrato o cuando surja la controversia, sin que se encuentren compelidas a hacerlo por ninguna disposición legal o normativa o factores externos a ellas (violencia, coacción, etc.)³⁸.

c) Optativa.- Cuando la ley confiere la opción de someterse a ella o a la otra, pero esa alternativa es vinculante para la otra, es decir la posibilidad de escoger se brinda únicamente al actor o pretendiente, por ejemplo, en los juicios de desalojo y procesos de ejecución según la ley Argentina³⁹.

7.- Etapas de la Mediación.- Las etapas de la mediación de igual manera pueden variar dependiendo de las partes y del conflicto, hay caso en que en la primera sesión se resuelven, pero hay otro que son tan complicados que requieren de mas esfuerzo y auxilio de todas las técnicas aplicables al caso, recordando que la flexibilidad de la mediación es una de sus principales características y ningún mediador esta obligado a utilizar exhaustivamente todas las etapas cuando el proceso básico se revela como eficaz. En el afán de clasificarlas seguiremos el estudio de Floyer⁴⁰ determinando nueve etapas, tomando en cuenta los siete elementos del proceso de negociación de Harvard⁴¹, sin que sean un indicativo conceptual:

- Diseño del procedimiento de mediación.- Es la planificación de la estrategia que consiste básicamente en que las partes entiendan que la mediación es un procedimiento eficaz para que las partes lleguen a un acuerdo si es posible y si ellas están de acuerdo; lograr la comunicación entre ellos; tratar con respeto a la otra en un plano de igualdad eliminando el concepto de adversarios; aborden el problema o los problemas con una actitud comprensiva y lo determinen; presenten nuevas ideas y elaboren acuerdos duraderos con visión a futuro.

- Reunir a todas las partes en conflicto en la mesa de negociaciones.- Se realiza de tres maneras: a) Por teléfono; b) Mediación puente, en el que el mediador se comunica con los protagonistas por separado, quienes no pueden llegar a reunirse nunca; c) Mediación cara a cara, que consiste en reuniones conjuntas e individuales. Será necesario según el caso elegir un lugar *ad-hoc* para la reunión y firmen un acuerdo para mediar.

- Intervención inicial del mediador.- El mediador deberá presentarse y explicarles en que consistirá el procedimiento, así como las características de la mediación en un mínimo de tiempo, presentar a las partes en conflicto cuando ellas no se conozcan y ellas mismas deberán efectuar una presentación del conflicto desde su punto de vista tomando en

cuenta el antecedente, como surgió el problema, como lo afectó, porque le afecta de esa manera y que le gustaría que sucediera a partir de iniciado el procedimiento, el procedimiento tendrá que continuar conforme al diseño del mediador. Vgr. Si se desahogan reuniones privadas, si continúan las sesiones conjuntas, realizar un temario del conflicto, si las partes van a permanecer en habitaciones separadas, si permite la intervención de los abogados o no, efectuar programadamente sesiones, etc.

- Desahogo.- Lo importante de este proceso es lograr la comunicación, con el fin de que las partes se escuchen con atención, que hablen con claridad y determinación, asuman una actitud abierta a la presentación de información e ideas nuevas, tengan la disposición de dejarse persuadir y acepten a la o a los de la otra parte como iguales. Esto se logra formulando preguntas que inducen a dar respuestas acordes a la problemática determinada.

- Crear el clima de la negociación.- En esta etapa la razón comienza a dominar las emociones, iniciando la negociación seria, es responsabilidad del mediador llegar a este punto si no el procedimiento fracasara, por lo que el mediador tendrá que dar las pautas de conducta de las partes, cuidar el lenguaje empleado, verificar su significado y utilizar el predicado correcto, leer el lenguaje corporal de las demás, su postura, sus gestos, sus manos, los movimientos oculares, su expresión facial, en conclusión sino hay armonía y el no detecta a tiempo inconformidades o recelo a la contraria, o el mismo estará destinado a no concluir el procedimiento.

- Establecer los intereses y las necesidades.- La búsqueda de los intereses y necesidades es la razón por lo que la mediación es un medio efectivo para solucionar disputas, por que las partes llegan al fondo de las situaciones que generan el conflicto por si solas, esto se debe a que los conflictos se discuten en la mayoría de las negociaciones en función de las posiciones asumidas, siendo inadecuadas por que ocultan causas reales influenciadas por factores externos, por demostrar poder, etc. La labor será descubrir las necesidades detrás de los intereses, reconocer las necesidades humanas y conciliarlas.

- Generar ideas para resolver los problemas: Como lo mencionamos anteriormente la solución del problema es un proceso creativo⁴², por lo que el mediador deberá pedir a las partes que anoten las ideas que se les han ocurrido hasta el momento, si existen varias soluciones deberán evaluarlas en privado, considerando la postura actual de las mismas no la inicial, el mediador tendrá que hacer preguntas abiertas con los nuevos datos, tomando en cuenta los sentimientos de las partes y sus actitudes.

generando una lluvia de ideas, lo que les permitirá a las partes ampliar su agenda de soluciones.

- Elaborar acuerdos.- Una vez que se han determinado posibles soluciones tiene que convertirse en propuestas realistas y aceptables, dichas propuestas tendrán que ser prácticas y operativas por lo que deberá de mejorar la situación actual o se tendrá que descartar, por lo que es necesario dilucidar previamente si tiene o no tiene posibilidades de ser aceptada por los presentes y por los que no están presentes, de ahí la importancia de que las partes que se sientan en la mesa de negociaciones tengan la capacidad de decisión.

- Formalizar el acuerdo por escrito.- El mediador tendrá que presentarles a las partes un acuerdo borrador general para que opinen, cada una de las partes critica el borrador y este se modifica hasta que los intereses de cada uno hayan sido satisfechos, evitando con ello la necesidad de una acción unilateral.

8.- Acuerdo de la Mediación.- El acuerdo final es de suma importancia, sobre todo su cumplimiento, hay dos aspectos que valorar el primero que legalmente en nuestro sistema jurídico no es vinculante, esto significa que si una de las partes se niega a cumplir con lo comprometido, no hay manera legal de obligarlo, midiendo con esto el éxito de la mediación, por que se tendrá de llegar a un acuerdo pero este tendrá que materializarse, en el mismo sentido la mediación carece de coercitividad como sucede con el arbitraje, solo con la diferencia que el arbitraje en México si esta reconocido y si es vinculante en el caso de una ejecución forzosa tendremos el auxilio del poder judicial para ejecutar el laudo que se le considera cosa juzgada y se le equipara a una sentencia, sin embargo el árbitro tendrá que dictar un laudo valido y ejecutable⁴³.

El caso argentino es ejemplar cuando se determina que la mediación es obligatoria⁴⁴, el artículo 12 de la ley 24.573 establece las formalidades y presupuestos de la celebración del acuerdo mediatorio y las sanciones ante su incumplimiento, homologándolo entonces a los efectos del laudo arbitral.

Por lo que tendremos que valorar la experiencia de otros países y adoptarla si es que queremos que la mediación funcione en un sistema adversarial como el nuestro. El caso Nuevo León se ve influenciado por la experiencia Argentina al señalar en la iniciativa de Ley de Mediación en su artículo 23:

“... el acuerdo resultante del tramite de mediación... si no contraviene disposiciones de orden público, ni se afectan derechos de

terceros, será aprobado y se le dará la misma eficacia de una sentencia ejecutoriada...”.

Esta acción es un caso ejemplar para todo el país, por lo que otros estados y el gobierno federal deberán de considerar seriamente su implementación.

9.- Areas o Clases de Mediación.- Definir con precisión el número de clases o áreas, es muy difícil, ya que habrá tantas como necesidades específicas surjan, en el mismo sentido cuando hablamos de especialidades de derecho.

Por lo que solo señalare las mas usuales para darnos cuenta de todas las áreas de oportunidad que están a nuestro alcance.

Iniciaremos con la MEDIACIÓN COMUNITARIA, consiste a aplicar la técnica para resolver problemas comunitarios, lo que significa un sinnúmero de partes, con una problemática común. Esto se traduce en que un número de personas vivan en paz, ya que son ellas mismas las que resuelven sus problemas vecinales, aprendiendo a respetar sus diferencias y alcanzar una buena disposición para colaborar en futuros conflictos en su barrio, en el caso de Estados Unidos funcionan centros comunitarios de mediación desde 1960, alentados y financiados por programas de los gobiernos locales, estatales y federal, fundaciones privadas, iglesias, cuotas y fideicomisos especiales, con un éxito rotundo, actualmente existe mas de 400 centros en mas de 40 Estados⁴⁵.

La MEDIACIÓN MULTICULTURAL, es aquella que se da en zonas o países donde conviven personas de diferentes razas o sus raíces y costumbres son diferentes, no pensemos en países europeos o en estados unidos en donde la migración es un problema gravísimo y trae muchísimos problemas con los naturales de las regiones donde se asientan estos, pensemos en nuestro país, en donde existen 10 millones de habitantes pertenecientes a mas de 50 etnias, para ejemplificar esto el caso español es muy significativo, presentándose los problemas en las escuelas, teniéndose que replantear el diseño curricular y los objetivos pedagógicos. Actualmente en Lleida ciudad catalana opera un centro multicultural como ayuda para la transformación de los conflictos y ejes de enriquecimiento mutuo para colectivos desfavorecidos e instituciones educativas⁴⁶.

La MEDIACIÓN JUDICIAL, es aquella que es inducida por el propio sistema judicial, sobre todo aquellos sistemas jurisdiccionales contemporáneos, inmersos en procesos de perfeccionamiento, utilizan la mediación adscrita a los tribunales de justicia para incidir directamente en la efectividad de la resolución sobre el conflicto subyacente, de esta manera se

facilita y agiliza la solución judicial de las disputas, cuando estas son inevitables⁴⁷.

La MEDIACIÓN EN LAS ORGANIZACIONES O EN LAS EMPRESAS, tiene efecto cuando se trata de empresas publicas o privadas distinguiéndose que el coste de sus litigios ha disminuido contundentemente, no afectándolas en los que ellos denominan la lista negra, ya que antes una empresa que demandaba a otra era desacreditada, así como la demandada, quien quiere tener tratos con alguien problemático, lo mismo sucede en las publicas, resolviendo los problemas con sus usuarios de una forma pacífica, rápida y expedita⁴⁸.

La MEDIACIÓN EN MATERIA PENAL es muy factible, sobre todo en el caso de delitos menores o de delitos de menores, en el mismo sentido se puede aplicar a todos los casos que están en averiguación previa en donde el ministerio publico procurara la mediación o la conciliación⁴⁹. El resultado de este tipo de mediación es que hace a las partes responsables, las rehabilita, es un proceso de reflexión, la mediación trata la culpa y fomenta el autocontrol, previniendo la reincidencia⁵⁰. Un elemento fundamental en la culturización de este tipo de mediación es la policía, al ser estos los que tienen contacto directo con la sociedad⁵¹.

La MEDIACIÓN MEDIOAMBIENTAL no tiene limites, es de considerar que el daño al medioambiente es un derecho humano de tercera generación, y que ha adquirido una importancia mundial en las últimas décadas, la cultura del medio ambiente se profesa solo en países del primer mundo, México recientemente implementa planes para el cuidado del medio ambiente, las normativas son muy laxas, por lo que es factible la mediación cuando surge un conflicto entre particulares o ambientalistas, entre grandes empresas, así como de particulares con gobiernos, el caso de estados Unidos en este tema es revelador la *Environmental Protection Agency* tiene como mandato expreso intentar resolver los conflictos civiles fuera de los tribunales siempre que ello sea posible⁵², aportando resultado significativos para las empresas, los particulares y sobre todo conservando al medio ambiente generando una cultura de protección a la naturaleza y a los seres humanos.

Una de las áreas mas proclives a la mediación, es la MEDIACIÓN FAMILIAR, los conflictos familiares son los mas sensibles a ser resueltos por este medio, ya que en la mayoría de los casos el factor humano es determinante, el aspecto psicológico y social tiene gran peso. Cuando surge un rompimiento de pareja, separación o divorcio el proceso judicial es desgastante, mas aún cuando se tiene que determinar el cuidado de los hijos, la pensión alimenticia, el uso de domicilio, el reparto de bienes⁵³, sin contar

los conflictos emocionales que puedan surgir en los hijos como una respuesta de la actuación de los padres⁵⁴.

Otras áreas susceptibles o clases de mediación es: La mediación TRIBUTARIA, la mediación en SERVICIOS DE SALUD, la mediación en MATERIA DE CONSUMO, la mediación en MATERIA LABORAL efectuada por particulares, la mediación en materia de ELECTORAL⁵⁵, la mediación ESCOLAR⁵⁶, la mediación INMOBILIARIA⁵⁷, entre otras.

10.- Conclusión.- La mediación es un procedimiento con alto sentido humano, los razonamientos y los sentimientos de las personas, así como el equilibrio de intereses y la armonía que se puede lograr en cualquier tipo de relación jurídica o no, nos acerca a la equidad y por ende a la justicia, pensemos en las bondades que los MASC nos proporcionan, es cierto que en estos momentos, en este país se encuentran en el limbo jurídico. La Mediación y el Arbitraje son la solución a la impetración de la justicia, sus características y sus efectos son contundentes en oposición al esquema judicial, no deben estar en la sombra, tienen que ser la luz y la meta de los futuros abogados y de los profesionistas mexicanos, quitémosle la carga al gobierno, solucionemos nuestros propios problemas, la actual política gubernamental es dejar de ser paternalista, facilítémoselo, que nos dé las herramientas y demostremos que los mexicanos podemos estar a la vanguardia internacional, seamos proclives a los MASC y rompamos el esquema del conformismo, garanticemos el futuro de este país.

Notas Bibliográficas

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; Posgrado en Dirección y Gestión del Comercio Exterior por el CECO del Ministerio de Economía de España; Especialista en ADR, se ha desempeñado como subdelegado de la PROFECO y la Secretaria de Economía en Jalisco, actualmente es Profesor Investigador del Instituto de Investigaciones Científico-Jurídicas de la Facultad de Derecho de la UANL y Subdirector Académico de la misma. Miembro Supernumerario de la Academia de Derecho Internacional Privado y Comparado. Miembro de la Comisión de Arbitraje Internacional del Capitulo Mexicano de la International Chamber of Commerce. fgorjon@justice.com / fgorjon@hotmail.com.

² V. Gorjón Gómez, Francisco Javier. "Medios Alternativos de Solución de Controversias, Solución a la Impetración de la Justicia". *Iustitia*. Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL. Numero 3. México, 2002.

³ Esta hipótesis se suscribe a la línea institucional de investigación de Medios Alternos de Solución de Controversias del Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL.

- ⁴ Los países en donde la mediación tiene un gran avance y una aplicación real son Estados Unidos como etapa previa a todo conflicto judicial, y Argentina donde es obligatoria.
- ⁵ Cfr. Folberg, Jay y Taylor, Alison. *Mediación Resolución de Conflictos sin Litigio*. Ed. Limusa. México, 1992. Pag. 27.
- ⁶ Cfr. Falcón, Enrique M. *Mediación Obligatoria en la Ley 24.573*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1997. Pag. 17.
- ⁷ La justicia sugiere siempre elementos de armonía, proporción o congruencia entre las conductas personales. Cfr. Basave Fernández del Valle, Agustín. *Filosofía del Derecho. Fundamentos y Proyecciones de la Filosofía Jurídica*. Ed. Porrúa. México, 2001. Pag. 707.
- ⁸ Las técnicas utilizadas comúnmente son las de negociación, prevaleciendo a nivel mundial el Modelo Harvard. V. Malaret, Juan. *Manual de Negociación y Mediación. Negociaciones Empresariales Eficaces para Juristas y Directivos*. Ed. COLEX. Madrid, 2001.
- ⁹ El proceso existe cuando estamos en la presencia de un litigio, en la ausencia de este último consideramos a la mediación un procedimiento por tratarse de un conflicto o controversia. V. Gorjón Gómez, Francisco Javier. Op.cit. número 2.
- ¹⁰ Cfr. Álvarez Ledesma, Mario I. *Introducción al Derecho*. Ed. Mcgraw-Hill. México, 1999. Pag. 323.
- ¹¹ V. Toral Moreno, Jesús. *Ensayo sobre la Justicia*. Ed. Jus México, 1970. Pag. 15
- ¹² V. Goldschmidt, Warner. *La Ciencia de la Justicia (Dikeología)*. Ed. Aguilar. Madrid, 1958. Pag. 104.
- ¹³ V. García Máynes, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Porrúa. México, 1994. Pag. 373.
- ¹⁴ V. Moreno Navarro, Gloria. *Teoría del Derecho*. Ed. Mcgraw-Hill. México, 1998. Pag. 126.
- ¹⁵ V. Basave Fernández del Valle, Agustín. Op.cit. número 7. Págs. 705 – 719.
- ¹⁶ V. Álvarez, Gladis S. Et.al. *Mediación y Justicia*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1996. Pag. 23.
- ¹⁷ V. Garber, Carlos A. *La Mediación Funciona*. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1996. Pag. 20.
- ¹⁸ V. Singer, Linda R. Resolución de Conflictos. Ed. Paidós. Barcelona, 1996. Pag. 16. Título Original Settling disputes. Conflict resolution in business, families, and the legal system.
- ¹⁹ V. Aiello de Almeida, Maria Alba. *Mediación: Formación y Algunos Aspectos Clave*. Ed. Porrúa. México, 2001. Pag. 53.

- ²⁰ V. V. Álvarez, Gladis S. Et.al. *Mediación y Justicia*. Op.cit. número 16. Pag. 76.
- ²¹ V. Aiello de Almeida, Maria Alba Et.al. *Régimen de Mediación y Conciliación*. Ed. Astrea. Buenos Aires, 2001. Pag. 194.
- ²² V. Fernández Rozas, José Carlos. *Legislación sobre Arbitraje Interno e Internacional*. Ed. Civitas. Madrid, 1990. Pag. 23.
- ²³ V. González-Capitel Martínez, Celia María. *Manual de Mediación*. Ed. Atelier. Barcelona, 1999. Pag. 179.
- ²⁴ V. Castanedo Abay, Armando. *Mediación, Una Alternativa para la Solución de los Conflictos*. Ed. Colegio Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales. Hermosillo, Sonora, 2001. Pag. 29.
- ²⁵ V. Gorjón Gómez, Francisco Javier. "Arbitraje Comercial, Paradigma del Derecho". *Revista Jurídica Jalisciense*. Ed. Universidad de Guadalajara. Año 11, número 1, Enero – Julio. Pag. 121.
- ²⁶ Actualmente la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional trabaja en una ley modelo, tomando como ejemplo el éxito de la ley modelo de arbitraje, destaca en este proyecto la unificación de la mediación y de la conciliación como un mismo procedimiento.
- ²⁷ Negación de créditos, problemas fiscales, problemas de credibilidad y mala fama. V. Gorjón Gómez, Francisco Javier. Op.cit. número 25. Pag. 126.
- ²⁸ V. Dupuis, Juan Carlos G. *Mediación y Conciliación*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1997. Pag. 50.
- ²⁹ V. Artículo 18 del Reglamento de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio Internacional CCI
- ³⁰ V. Gottheil, Julio Et.al. *Mediación. Una Transformación de la Cultura*. Ed. Paidós. Barcelona, 1997. Pag. 45.
- ³¹ V. Dupuis, Juan Carlos G. Op.cit. número 27. Pag. 53.
- ³² Idem. Pag. 54.
- ³³ V. González-Capitel Martínez, Celia María. Op.cit. número 23. Pag. 21.
- ³⁴ V. Uribarri Carpintero, Gonzalo. *El Arbitraje en México*. Ed. Oxford. México, 1999. Pag. 3
- ³⁵ V. Suares, Marinés. *Mediación, Conducción de Disputas, Comunicación y Técnicas*. Ed. Paidós. Buenos Aires, 1999. Pag. 51.
- ³⁶ V. Rodríguez Villa, Berta Mary Et.al. *Mediación en el Divorcio, Una Alternativa para Evitar Confrontaciones*. Ed. UNAM. México, 2001. Pag. 23.
- ³⁷ V. Uribarri Carpintero, Gonzalo. Op.cit. número. 33. Pag. 17
- ³⁸ V. Lascala, Hugo Jorge. *Aspectos Prácticos de la Mediación*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1999. Pag. 91.
- ³⁹ V. Dupuis, Juan Carlos G. Op.cit. número 27. Pag. 89.

⁴⁰ Cfr. Floyer Acland, Andrew. *Como Utilizar la Mediación para Resolver Conflictos en las Organizaciones*. Ed. Paidós. Barcelona, 1993. Págs. 189 – 293.

⁴¹ Alternativas; Intereses, posiciones y objetivos; Opciones; Criterios (legitimidad); Relación; Comunicación y Compromisos. V. Malaret, Juan. Op.cit. número 8. Págs. 23 – 36.

⁴² Infra. 4. Características de la Mediación. d) Cooperativa y creativa.

⁴³ V. Gorjón Gómez, Francisco Javier. "Elementos de control *a priori* del laudo por parte del árbitro". *Pauta*. Boletín Informativo del CAMECIC. No.33. México, 2002.

⁴⁴ Infra. 3. Aplicación de la Mediación en otros Países. Caso Argentina.

⁴⁵ V. Grover Duffy, Karem. Et.al. *La Mediación y sus Contextos de Aplicación*. Paidós. Barcelona, 1996. Pag. 55.

⁴⁶ V. González-Capitel, Celia. *Mediación 7*. Editorial Atelier. Barcelona 2001. Pag.289

⁴⁷ V. Castanedo Abay, Armando. Op.cit. número 24. Pag. 36.

⁴⁸ V. Kolb, Deborah M. Et.al. *Cuando Hablar da Resultados*. Ed. Paidós. Argentina, 1996. Pag. 227.

⁴⁹ Iniciativa de reforma al artículo 3 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León.

⁵⁰ V. Neuman, Elías. *Mediación y Conciliación Penal*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1997.

⁵¹ V. Vinyamata Camp, Eduard. *Manual de Prevención y Resolución de Conflictos*. Ed. Ariel Practicum. Barcelona, 1999. Pag. 71.

⁵² V. González-Capitel, Celia. Op.cit. número 46. Pag. 155.

⁵³ V. Marlow, Lenard. *Mediación Familiar*. Ed. Granica. España, 1999.

⁵⁴ V. Bertnal Samper, Trinidad. *La Mediación Una Solución a los Conflictos de Pareja*. Ed. Colex. Madrid, 1998. Pag. 25.

⁵⁵ V. Pérez Borrego, Gregorio. *Arbitraje de Elecciones y Procesos Judiciales en Materia Electoral*. Ed. Comares. Granada, 1999.

⁵⁶ V. Girad, Kathryn, Et.al. *Resolución de Conflictos es las Escuelas*. Ed. Granica. Argentina, 1997.

⁵⁷ V. García-Valdecasas y Alex, F. Javier. *La Mediación Inmobiliaria*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1988.

UNA TAXONOMÍA DE LA VIOLENCIA POLÍTICA, CON ESPECIAL REFERENCIA A MÉXICO

Dr. José María Infante
UANL

Violencia y violencia política constituyen dos expresiones polisémicas y, por lo tanto, de uso muy oscuro y complejo. Por ejemplo, suelen usarse como sinónimos agresión = conflicto = violencia (en cualquier orden o combinación), lo cual muestra las dificultades que enfrentamos en el plano lingüístico, menores todavía a las que debemos solucionar en la interpretación de la realidad. Hace ya algún tiempo, Santiago Genovés (1977) llamaba la atención sobre esta presentación caótica de la terminología. Él agregaba diez términos más a la lista, lo cual era una complicación adicional. Lo destacable es que quizá no hemos avanzado mucho en estos últimos treinta años.

Es probable que "agresión" y "violencia" puedan tener acepciones similares en el lenguaje común; sin embargo, preferiría aplicar el término *violencia* sólo a aquellas circunstancias del comportamiento humano en las que, como consecuencia de las acciones, se deriva la muerte física (o su posibilidad) de una o más personas, mientras que en la *agresión* los daños físicos serían menores. La agresión, no obstante, no está exenta de coacción psicológica, capaz de provocar mayores daños a una persona que la acción física. Claro que esto es a veces un problema de matices y no siempre puede marcarse la diferencia de manera clara o tajante. En apoyo de esta idea, podríamos citar a Hannah Arendt (1970), quien señalaba que la distinción entre los conceptos de fuerza y poder del de violencia reside en que esta última requiere de *implementos* (subrayado de ella), estableciendo una característica especial en los últimos tiempos, ya que la revolución tecnológica ha creado condiciones para una inversión de medios y fines, siendo estos últimos ocultados o desplazados por aquéllos. Otra característica particular de la violencia entre los seres humanos es que se hace arbitraria cuando los resultados de los actos caen fuera del control de los agentes, lo cual puede ejemplificarse con numerosos actos de guerra. El problema de cuánto daño físico es necesario para hablar de violencia –esto es, cuán cerca de la muerte debe dejar una acción a alguien para que podamos hablar de violencia– no puede resolverse de una manera clara. En cierto sentido, nos enfrenta al viejo dilema: "¿cuál es el pelo que se cae o debe caer para declararse calvo?"

Esta definición o clasificación de violencia que aquí se propone contrasta con la definición de J. Galtung (1975), para quien la violencia es