



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SAN LUIS POTOSÍ

FACULTAD DE DERECHO

**“LA MEDIACIÓN COMO PROCESO DE GESTIÓN DE
CONFLICTOS. INDUCCIÓN AL DERECHO DE FAMILIA”.**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

ABOGADO

PRESENTA:

RODOLFO OCEJO LAMBERT

ASESOR: LIC. SALVADOR ÁVILA LAMAS

San Luis Potosí, S.L.P., junio de 2005

ÍNDICE

Introducción.....	V
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONFLICTO Y MEDIOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1.-El conflicto.....	1
2.-Causas generadoras de los conflictos.....	3
3.-Clasificación de los conflictos.....	4
3.1.-Clasificación de los conflictos de Fernando A. Milia.....	4
3.2.-Clasificación de Oscar Peña Gonzáles en función de elementos.....	5
3.3.-Clasificación de los conflictos de Christopher Moore.....	6
4.-Ciclo de vida de los conflictos.....	7
5.-Condiciones básicas para manejar el conflicto.....	9
6.-Aspectos positivos del conflicto.....	9
7.-Medios alternativos de resolución de conflictos.....	11
7.1.-Definición de medios alternativos de resolución de conflictos.....	11
8.-Objetivos y ventajas de los medios alternativos de resolución de conflicto.....	13
9.-Diversos sistemas alternativos de resolución de conflictos.....	15
9.1.-El arbitraje.....	15
9.1.1.-Definición del arbitraje.....	15
9.1.2.-Naturaleza jurídica del arbitraje.....	16
9.1.3.-Regulación respecto del arbitraje en México.....	17
9.1.4.-Clasificación del arbitraje.....	18
9.1.5.-Ventajas del arbitraje.....	18
9.2.-La conciliación.....	19
9.2.1.-Definición de conciliación.....	19
9.2.2.-Naturaleza jurídica de la conciliación.....	20
9.2.3.-Principales características de la conciliación.....	22
9.2.4.-Regulación de la conciliación en México.....	23
9.2.5.-Las ventajas de la conciliación.....	24
9.3.-La negociación.....	25
9.3.1.-Definición de la negociación.....	26
9.3.2.-Principios de la negociación.....	27
9.3.3.-Tipos de la negociación.....	27
9.3.4.-Tipos de negociador.....	29
9.3.5.-Características del negociador.....	33
9.3.6.-Tácticas de la negociación.....	33
9.3.7.-Método de la negociación según principios.....	34

CAPÍTULO SEGUNDO

MEDIACIÓN COMO PROCESO DE GESTIÓN DE CONFLICTOS

10.-Mediación.....	37
11.-Definición de mediación.....	38
12.-Diferencia de la mediación con diversos medios alternos.....	39
12.1.-Diferencia entre la mediación y la conciliación.....	39
12.2.-Diferencia entre la mediación y el arbitraje.....	40
13.-Breves antecedentes de la mediación.....	41
14.-Escuelas o modelos de mediación.....	43
14.1.-Modelo tradicional-lineal (Harvard).....	43
14.1.1.-Características del modelo tradicional-lineal (Harvard).....	44
14.1.2.-Metodología del modelo tradicional-lineal (Harvard).....	45
14.1.3.-Fines del modelo tradicional-lineal (Harvard).....	45
14.2.-Modelo transformativo.....	45
14.2.1.-Características del modelo transformativo.....	46
14.2.2.-Metodología del modelo transformativo.....	46
14.2.3.- Fines del modelo transformativo.....	46
14.3.-Modelo de Sara Cobb.....	47
14.3.1.-Características del modelo de Sara Cobb.....	48
14.3.2.-Metodología del modelo de Sara Cobb.....	48
14.3.3.-Fines del modelo de Sara Cobb.....	48
15.-Principios básicos de la mediación.....	48
15.1.-Principio de voluntariedad.....	49
15.2.-Principio de Flexibilidad.....	50
15.3.-Principio de confidencialidad.....	51
16.-Ventajas e inconvenientes de la mediación.....	52
17.-El Proceso de mediación.....	54
18.-Etapas del proceso de mediación.....	55
18.1.-Premediación.....	56
18.2.-Sesión inicial.....	57
18.2.a.-Discurso de apertura.....	57
18.2.b.-Explicación de objetivos de la mediación y pautas de trabajo...	57
18.3.-Relato de antecedentes de las partes.....	58
18.3.a.-Información de antecedentes y fijación de posiciones.....	58
18.3.b.-Recopilación de antecedentes.....	62
18.3.c.-Preguntas y parafraseo.....	62
18.4.-Generación de opciones.....	63
18.4.a.-Reformulación.....	63
18.4.b.-Escucha activa.....	64

18.5.-Búsqueda de la solución.....	65
18.5.a.-Propuestas en la sesión conjunta.....	65
18.5.b.-Propuestas en sesiones privadas.....	65
18.6.-Solución final al problema.....	66
18.6.a.-Sesión conjunta final.....	66
19.-El acuerdo.....	67
20.-El mediador.....	69
20.1.-El perfil del mediador.....	70
20.2.-Características del mediador.....	71
20.3.-Habilidades del mediador.....	73
20.4.-Responsabilidad del mediador.....	74

CAPÍTULO TERCERO
MEDIACIÓN Y FAMILIA

22.-Familia.....	85
22.1.-Concepto de familia.....	86
23.-Mediación familiar.....	88
23.1.-Concepto de mediación familiar.....	90
24.-Breves antecedentes de la mediación familiar.....	91
25.-Experiencia comparada de la mediación familiar.....	94
25.1.-Mediación familiar en España.....	95
25.2.-Mediación familiar en Estados Unidos.....	98
26.-Ventajas de la mediación familiar.....	99
27.-Mediación en el divorcio.....	101
28.-Mediación en las sucesiones.....	105
29.-Mediación en la violencia familiar.....	106
30.-Elementos importantes para la redacción del acuerdo.....	107
31.-Inducción de la mediación en nuestra entidad federativa.....	109
31.1.-Propuesta para la reforma de la constitución local.....	110
31.2.-Propuesta para la reforma de la ley Orgánica del Poder Judicial.....	111
31.3.-Propuesta para la reforma del Código de Procedimientos Civiles del Estado de San Luis Potosí.....	112
31.4.-Propuesta para la creación de la ley de mediación para el Estado de San Luis Potosí.....	114
31.5.-Propuesta para la creación de la ley de mediación familiar	118
Conclusiones.....	124
Bibliografía.....	127

INTRODUCCIÓN

La mediación como proceso de gestión de conflictos, es un tema que me llama mucho la atención y que es de mi interés particular, ya que he tenido la oportunidad de realizar estudios en este ámbito y al ir aprendiendo me identifique con el mismo, en razón de que marcó un cambio importante tanto en mi vida privada como en el ámbito profesional por el gran interés que el tema generó en mí al conocer las ventajas, provechos y resultados tan exitosos que trae como consecuencia el empleo de este medio alternativo de gestión de conflictos, prueba de ello son las experiencias comparadas con otros países, en donde esta figura ya se encuentra contemplada dentro de sus diferentes cuerpos normativos, como lo es en el caso de Estados Unidos, Canadá, España, Argentina, etc, por mencionar algunos. El éxito del empleo de este medio alternativo de gestión de conflictos es debido a sus propias características, tales como la voluntariedad, la confidencialidad, la flexibilidad y aunadas a ellas las propias del mediador, como son la aceptabilidad, la neutralidad y la imparcialidad, así como la informalidad del proceso; de la misma manera, son importantes las ventajas de tipo económico, así como la gran agilidad con la que se pueden llegar a obtener los acuerdos, la reestructuración de las relaciones entre las partes, etcétera.

En la actualidad el mundo está sufriendo constantes transformaciones de toda índole, dentro de las cuales se encuentra la constante transformación de la sociedad y de la familia como célula principal de esta; ante todos estos cambios y evoluciones, el derecho, como regulador de la conducta externa humana, también debe de evolucionar y perfeccionarse; es por ello que también deben de cambiar ciertos aspectos relacionados con la forma de la administración de justicia, lo anterior con el objetivo de que ésta responda a las demandas de la sociedad y por medio de la cual se brinde una justicia confiable, oportuna, eficiente, pronta y expedita a través de las técnicas de negociación, amigable composición y mediación. De la misma manera se busca incrementar el grado de confianza y credibilidad de la población para con los sistemas de administración de justicia.

Como es bien sabido, la mediación puede ser empleada en diversos ámbitos, pero el que destaca y llama mi atención es el relacionado con la aplicación de la mediación en el ámbito familiar, en donde se pueden encontrar demasiadas ventajas y por medio del cual se logra que la relación y los resultados entre las partes no sea la misma que por medio de un litigio judicial ordinario en donde se ven como adversarios y se obtienen resultados gana-pierde y en donde en la mayoría de las ocasiones las partes no observan el daño que les están causando a sus familiares o a sus hijos, que trae como consecuencia la destrucción de las relaciones entre los mismos; es por ello que la inducción de este medio alternativo a nuestra legislación local traería grandes beneficios que podrían estar al alcance de nuestra sociedad, en donde se fomentaría la cultura de la paz y se brindaría una justicia más participativa en donde las partes serían los protagonistas en la resolución de sus propios problemas; así mismo, a través de los medios alternos se lograría un mayor acceso a los servicios de administración de justicia, generando como consecuencia un gran desahogo de asuntos para el poder judicial.

En el primer capítulo se estudia lo relacionado al conflicto, como lo es su propia naturaleza, causas generadoras, la clasificación de los mismos por diversos autores y las maneras de afrontarlos, todo ello necesario para entender el origen de los problemas a los que todos y cada uno de nosotros nos vemos inmersos en nuestra vida diaria. Dentro del mismo capítulo, más adelante se abordan las generalidades referentes a los medios alternos de solución de conflictos como lo son la conciliación, el arbitraje y la negociación, esto con la finalidad de dar a conocer los diversos medios alternos por medio de los cuales se puede optar y llegar a una solución, de la misma manera se hace mención de las características especiales con las que cuenta cada uno de ellos, así como su naturaleza jurídica, su procedimiento y sus ventajas. Como es notable, no se abarcó la mediación, misma que se encuentra dentro del segundo capítulo, ya que se considera un medio importante en el que es necesario profundizar más al respecto dado que es pieza medular del presente trabajo de investigación.

Tal y como se mencionó, el segundo capítulo titulado *mediación como proceso de gestión de conflictos* trata todo lo referente a la mediación con la finalidad de brindar una buena y completa información al respecto. Dentro de los temas que integran este capítulo, podemos encontrar las diversas escuelas o los distintos modelos de la mediación más conocidos con el objeto de explicar las diferentes características, metodología y finalidades de cada una de ellas, así como las características, ventajas y principios de la mediación.

En nuestro país se podría decir que la mediación es un procedimiento relativamente nuevo, ya que la experiencia que hay en México es poca, toda vez que el estudio y la aplicación de este medio es reciente, lo que es una realidad, es que día con día cada vez más entidades federativas han ido legislando y como consecuencia adoptando en sus respectivos cuerpos normativos el empleo de los medios de justicia alterna, en este caso la mediación.

La finalidad del presente trabajo es la de mencionar todo lo referente a la mediación y una vez expuesta, proponer su inducción en nuestros diversos sistemas normativos locales como medio alterno de justicia participativa en sede judicial mediante una serie de reformas a diversas legislaciones, así como con la creación de una ley de mediación y una ley de mediación familiar.

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONFLICTO Y MEDIOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

SUMARIO

1.-El conflicto; 2.-Causas generadoras de los conflictos; 3.-Clasificación de los conflictos; 3.1.- Clasificación de los conflictos de Fernando A. Milia; 3.2.-Clasificación de Oscar Pérez Gonzáles en función de elementos; 3.3.-Clasificación de los conflictos de Christopher Moore; 4.-Ciclo de vida de los conflictos; 5.-Condiciones básicas para manejar el conflicto; 6.-Aspectos positivos del conflicto; 7.-Medios alternativos de resolución de conflictos; 7.1.-Definición de los medios alternativos de resolución de conflictos; 8.-Objetivos y ventajas de los medios alternos de resolución de conflictos; 9.-Diversos sistemas alternativos de resolución de conflictos; 9.1.-El arbitraje; 9.1.1.-Definición de arbitraje; 9.1.2.-Naturaleza jurídica del arbitraje; 9.1.3.-Regulación respecto del arbitraje en México; 9.1.4.-Clasificación del arbitraje; 9.1.5.-Ventajas del arbitraje; 9.2.-La conciliación; 9.2.1.-Definición de conciliación; 9.2.2.-Naturaleza jurídica de la conciliación; 9.2.3.-Principales características de la conciliación; 9.2.4.-Regulación de la conciliación en México; 9.2.5.-Las ventajas de la conciliación; 9.3.-La negociación; 9.3.1.- Definición de negociación; 9.3.2.-Principios de la negociación; 9.3.3.-Tipos de la negociación; 9.3.4.-Tipos de negociador; 9.3.5.-Características del negociador; 9.3.6.-Tácticas de la negociación; 9.3.7.-Método de la negociación según principios.

1. EL CONFLICTO

Como prolegómeno de este trabajo, es importante abordar lo relacionado con el conflicto, dado que es lo que motiva o da origen a la aparición de los medios alternativos de solución de estos así como de los diversos procedimientos judiciales; una vez expuesto el conflicto para una mayor comprensión, se abordará el estudio de los medios alternos.

La palabra conflicto viene de la voz latina *conflictus*, que deriva a su vez del verbo *confligere* que significa combatir, luchar, pelear. En el campo del

derecho, conflicto significa una serie de posiciones antagónicas, es decir una oposición social que expresa una oposición de intereses.¹

Como lo menciona Oscar González Peña, según Cabanellas, conflicto significa guerra, lucha. Es la oposición de intereses a las que ninguna de las partes cede. Choque o colisión de derechos o pretensiones.²

El conflicto se ha venido presentando a lo largo de la vida del hombre, ya que éste al ser un ser social, una de sus características, y al estar en contacto permanente y directo con los demás seres humanos en el entorno diario, es decir, en el trabajo, en la escuela, con su familia, etc. existe el riesgo potencial de que surja una controversia o conflicto derivado de las diferentes formas de pensar, así como lo pueden ser la cultura, usos y costumbres o como resultado de una mala comunicación que es lo que en la mayoría de las ocasiones sucede en todo tipo de relaciones, es decir, al no saber exteriorizar de manera adecuada lo que una persona le pretende transmitir a otra, “la comunicación es la llave de todo conflicto, es su causa y su remedio”.³ De la misma manera también pueden surgir los conflictos cuando un individuo, grupo o comunidad, se percatan de que algo está obstruyendo o interfiriendo el camino para poder cumplir sus propósitos, es decir, algo está chocando con sus intereses, “sin embargo, es de suma importancia el hecho de que el ser humano es capaz de resolver sus propios conflictos, mas hay que reconocer que los seres humanos no pueden vivir juntos sin que aquellos se produzcan.”⁴

“El desarrollo de la capacidad creadora del hombre tiene base en una desventaja que posee con respecto al reino animal: el hecho de no llevar predeterminado biológicamente lo que serán su vida y sus posibilidades.”⁵

¹ GONZÁLES PEÑA, Oscar: “Conciliación extrajudicial”, Ed., s/ed., APPEC, Perú, 2001, Pág. 79.

² Citado por GONZÁLES PEÑA, Oscar: Op.cit, Pág. 80.

³ URQUIDI, J. Enrique.: “Mediación. solución a conflictos sin litigio”, Ed. Centro de Resolución de Conflictos, 1ª ed., México, 1999, Págs. 29-30.

⁴ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe: “Mediación y administración de justicia. Hacia una justicia participativa”, Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1ª ed., México, 2004, Pág. 53.

⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela, et al.: “Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso”, Ed. del Puerto, s/ed., Argentina, 1997, Pág. 143.

Una vez analizado lo anterior, es de gran importancia destacar que en lo referente a efectos del pensamiento, los intereses contradictorios entre las partes pueden ser:

amor	comprensión	excitación
seguridad	respeto	poder
amistad	aprobación	control
reconocimiento	competencia	libertad
relajamiento	autoestima	comodidad
ser aceptado	consideración	diversión
confianza	ilusión	privacidad ⁶

Los problemas y desacuerdos que aparecen en la vida diaria, tienden a resolverse de una manera informal, ya que es usual que al principio, las partes en conflicto acostumbren evitarse sin asignarle la importancia que deben al problema, teniendo como consecuencia de su relación, que con el tiempo el conflicto se torne más incomodo para ellas, al grado que las mismas deseen enfrentar sus diferencias y llegar a un arreglo a través de algún medio alternativo como lo es la negociación o la mediación, temas que en su momento se desarrollarán.

2. CAUSAS GENERADORAS DE LOS CONFLICTOS

Por otra parte, es importante identificar las causas generadoras de los conflictos. Como lo menciona J. Enrique Urquidi, el conflicto es un acontecimiento que se origina cuando dos o más personas caen en un fuerte desacuerdo provocado por un choque de percepciones, expectativas y valores; de la misma manera destacan las siguientes causas generadoras más comunes de los conflictos :

- ❑ Barreras en la comunicación
- ❑ Mala interpretación

⁶ BUTTS GRIGGS, J.D. Thelma: Apuntes “Taller Práctico de Mediación Familiar”, Escuela Complutense de Verano, Universidad Complutense de Madrid, julio 2002.

- ❑ Exceso de interacción
- ❑ Deshonestidad
- ❑ Negligencia
- ❑ Mala fe
- ❑ Rigidez de percepción
- ❑ Temor
- ❑ Sentimientos ocultos
- ❑ Recursos limitados⁷

3. CLASIFICACIÓN DE LOS CONFLICTOS

Es necesario estudiar algunas de las múltiples clasificaciones que realizan diversos especialistas en este ámbito, con el objeto de poder identificarlos entenderlos y ubicarlos para posteriormente tratar de resolverlos, ya que existen diversas maneras para poder afrontar una situación conflictiva, las que serán mencionadas dentro del presente apartado.

3.1 CLASIFICACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE FERNANDO A. MILIA

Dentro de diversas obras podemos encontrar variadas clasificaciones de los conflictos dentro de las que destaca la realizada por Fernando A. Milia, quien los cataloga de la siguiente manera :

- Los Polemiales, que son aquellos en los que los oponentes recurren a la fuerza para cambiar por este medio la voluntad del rival.
- La no violencia, en los que la parte más poderosa opta por recurrir a la fuerza mientras que su contraparte renuncia a ella expresamente, pero replica con una estrategia muy particular.

⁷ URQUIDI, J. Enrique: Op. Cit. Pág. 32.

- Los judiciales, en los que las partes pretenden resolver la cuestión sometiéndola a un tercero, es decir, a la autoridad judicial.
- Los agonales, en lo que no se emplea la fuerza, explícita o implícitamente.⁸

3.2 CLASIFICACIÓN DE OSCAR PEÑA GONZÁLES EN FUNCIÓN DE ELEMENTOS

Por otra parte Oscar Peña González, clasifica los conflictos en función a diversos elementos:

En función al elemento agresividad:

- Agresivos, cuando las partes tienen intención de causar daño, en muchas ocasiones el daño no es meramente intencional sino efectivo como lo puede ser en los conflictos bélicos
- No agresivos, en este tipo de conflictos el daño no es efectivo ni esta en las intenciones de las partes.

En función del elemento de interés:

- Cooperación.- el interés de ambas partes está asociado.
- Competición.- un alto interés por uno y bajo por el otro.
- Evitación del conflicto.- un bajo interés de las partes.

En función del elemento conducción, es decir, en base a como se desarrolla :

⁸ MILIA, Fernando A.: “El conflicto extrajudicial”, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, s/ed., Buenos Aires, 1997. Pág. 16.

- Dominación.- Una parte intenta imponer su voluntad a la otra a través de diversos medios como lo son físicos o psicológicos.
- Capitulación.- aparece cuando una de las partes cede el triunfo a la otra.
- Inacción.- una parte no hace nada o aparenta no hacer nada.
- Retirada.- una de las partes decide no continuar participando en el litigio.
- Competición.- ambas partes luchan, ambas quieren imponerse.⁹

3.3 CLASIFICACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE CHRISTOPHER MOORE

Por otra parte, Christopher Moore¹⁰ afirma que Coser distingue entre el conflicto realista y el irreal :

- Conflicto irreal: Es aquel en el que las partes se comportan como si estuvieran enredadas en una disputa, cuando en realidad no existen condiciones objetivas para el conflicto.
- Conflicto real: Es el que se da como resultado de las diferencias, pero en éstas sí existen tal y como su nombre lo indica.

El conflicto irreal se da en verbigracia, una persona reestimula y transfiere hechos negativos como cuando algunas personas recién conocen a otra y comienzan a experimentar un cierto rechazo o desagrado sin tener razón alguna, como cuando se acude ante alguna oficina gubernamental a solicitar alguna información determinada a efecto de realizar un trámite y el burócrata que atiende al público es demasiado informal y un tanto perezoso; en la mayoría de estos casos, la gente conserva esa imagen y en un futuro que necesite realizar otro trámite similar ante la misma oficina a la que había acudido con antelación, ésta persona va a experimentar una renovación de antiguos sentimientos, pues va a recordar la experiencia anterior y va a catalogar la que aún no ha experimentado, siendo que la persona que lo

⁹ GONZÁLES PEÑA, Oscar: Op.cit, Págs. 98-99.

¹⁰ MOORE, Christopher: “El proceso de mediación” , Ed. Granica, s/ed., Buenos Aires, 1995, Pág. 207.

atiende en esta nueva ocasión es otra y tiene otra disposición para servir al público.

4. CICLO DE VIDA DE LOS CONFLICTOS

Existen numerosas clasificaciones referentes a la vida o a las etapas de los conflictos como la elaborada por R.J. Rummel, quien manifiesta que el ciclo de vida de éstos se divide en cinco pasos :

- 1) El conflicto latente o no manifiesto.
- 2) La manifestación o iniciación del conflicto.
- 3) La búsqueda de equilibrio del poder mediante la negociación o litigio.
- 4) El equilibrio del poder mediante acuerdo o sentencia.
- 5) La ruptura del equilibrio si no se cumple con lo establecido.¹¹

De la misma manera, Ma. Guadalupe Márquez Algara, realiza otra clasificación referente a los ciclos de vida del conflicto:

- La primera etapa la denomina del conocimiento, en ella las partes involucradas se enfrentan a diversas diferencias o confrontaciones que es la primera evidencia de la existencia de un conflicto, aquí las partes identifican sus necesidades y fijan su posición ante ellas.
- La segunda etapa es llamada diagnóstico del conflicto, cuya finalidad es identificar si se ésta en presencia de un conflicto de necesidades que pueden ser propiedad o dinero, o bien si se trata de valores que forman parte de la conciencia del sujeto, no son objeto de negociación, sino de respeto.

¹¹ Citado por URQUIDI, J. Enrique: Op. Cit. Pág. 32.

- La tercera etapa es la referente a la reducción del conflicto, que consiste en que reconozcan las partes su responsabilidad en el litigio y comprendan sus diferencias existentes para que puedan realizar cambios, es decir, transformar sus actitudes para con el otro respecto del problema.
- La cuarta fase es la solución al problema, en donde las partes trabajan conjuntamente para poder encontrar un acuerdo satisfactorio para ambos.
- La quinta etapa es la construcción de un acuerdo final, en donde se plasman tanto los derechos y las obligaciones a las que se someten las partes y, constituye la coronación del esfuerzo de éstas.¹²

5. CONDICIONES BÁSICAS PARA MANEJAR EL CONFLICTO

Para abordar un conflicto, existen cinco condiciones básicas que se deben de tomar en cuenta :

1. Apertura.- mostrar la verdadera razón del desacuerdo, el origen y la causa del mismo, ésta debe de realizarse con toda honestidad.
2. Empatía.- se refiere a escuchar y ponerse en los “zapatos del otro”.
3. Apoyo.- es la preocupación por los problemas o por el estado de la otra persona, comprenderlo para buscar soluciones mutuamente benéficas.
4. Reciprocidad.- es el trato con igualdad que ambas partes dan a sus ideas expresadas.

¹² MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe: Op.cit, Pág. 52.

5. Buena fe.- es la intención positiva de las partes, para poder identificar lo negativo de ambos y tratar de llegar a un acuerdo satisfactorio.¹³

Desde este punto de vista, el conflicto nace como un desvío social que necesita el descubrimiento de las causas que lo originan para proyectar desde allí el tratamiento de corrección.

6. ASPECTOS POSITIVOS DEL CONFLICTO

Es necesario que se entienda que no todo lo referente al conflicto es negativo, es por lo que hay que mirar el lado positivo de ellos, ya que al solucionarlos se aprende de nuestros errores, se aclaran malos entendidos y falsas expectativas, es un *deuteroaprendizaje* de demasiada importancia y trascendencia para la vida futura de las partes en sus diversas relaciones con todo tipo de personas.

Se puede decir que encontramos los siguientes aspectos positivos del conflicto :

1. Posibilita el cambio.
2. Da lugar a pretensiones o reclamos justos.
3. Sincera la relación entre las partes.
4. Fomenta la unidad grupal y la solidaridad.
5. Posibilita el crecimiento personal y la madurez.¹⁴

En cuanto a la manera de resolver los conflictos o litigios se encuentra:

- a) La autotutela o defensa: que se refiere a que el triunfador es el más fuerte, por lo que es proscrito por la ley, salvo algunas excepciones.

¹³ GONZAINI, Osvaldo Alfredo: "Formas alternativas para la resolución de conflictos", Ed. Depalma Buenos Aires, 2ª. ed., Argentina, 1995, Pág. 24.

¹⁴ GONZÁLES PEÑA, Oscar: Op.cit, Pág 83.

- b) La autocomposición: en cuanto a que la resolución del conflicto va realizarse por las mismas partes, sin la intervención de terceros que los puedan auxiliar.
- c) La heterocomposición: que es la resolución de un conflicto o un litigio mediante la intervención mutuamente aceptada por las partes de terceros, misma que puede ser judicial o extrajudicial.¹⁵

En lo que se refiere a los medios de solución heterocompositiva, Ovalle Favela clasifica como medios alternos a la mediación, la conciliación, la negociación y el arbitraje¹⁶, aunque podría no considerarse a la negociación y a la mediación como forma heterocompositiva porque en el caso de la mediación aún cuando podemos encontrar la participación de un tercero, son las propias partes las que tienen el poder de decisión de sus conflictos y la labor del mediador es facilitar la comunicación y el entendimiento entre ellos para que les sea posible obtener un acuerdo; de la misma manera, la negociación también podría considerarse en un sentido estricto como no heterocompositiva ya que en ésta las partes son las que solucionan sus propios problemas a través del intercambio de promesas y obligaciones mutuas.

7. MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Una vez expuesto lo referente al conflicto, se abordará lo referente a los medios alternos de resolución de éstos, en donde se podrán identificar cada uno de ellos con sus respectivas características, similitudes, diferencias, ventajas y desventajas.

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 111-113.

¹⁶ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe: *Op.cit*, Pág. 67.

7.1 DEFINICIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Para poder entender lo que realmente significan los medios alternos, se necesita analizar las palabras que integran su nombre, en primer orden, observamos la palabra resolución.

Resolución: es la acción de resolver, es decir, tomar una decisión, encontrar una solución, o fallar en lo referente a una diferencia o una disputa.

En segundo orden observaremos qué se entiende por una resolución alternativa de conflictos o disputas.

Alternativo se refiere a aquel medio de solución del conflicto (en todos los aspectos en que se genera el mismo) que escape a la regla común de someter el mismo a los procedimientos ordinarios previamente establecidos a través de las diversas instancias judiciales o lo que es lo mismo, a la justicia formal.

Una vez que se han analizado las palabras clave como lo son *resolución* y *alternativo*, mostraré la definición de los mismos:

Oscar Peña Gonzáles menciona que “en sentido amplio los mecanismos alternativos serían aquellos procedimientos que permiten resolver los conflictos, evitando que las partes pasen por los estrados judiciales.”¹⁷

En esa lógica son los métodos o técnicas por medio de las que se logra un acuerdo respecto de uno o varios puntos de controversia, en el que se nombra a un neutral y participan partes identificadas.

Aunado a la explicación anterior, es imperativo mencionar que dentro de los medios alternos de resolución de conflictos, podemos encontrar varios como lo

¹⁷ GONZÁLES PEÑA, Oscar: Op.cit, Pág 110.

son: la conciliación, el arbitraje, la negociación y la mediación, los que serán desarrollados en su momento.

Estos medios para resolver conflictos tienen en común la idea de separarse del método judicial para la resolución de las controversias o conflictos, ya que como se conoce hoy en día en nuestro país y en América Latina, la judicialización de los mecanismos de solución de disputas es enorme, compleja, costosa y provoca un desgaste físico y emocional para las partes que se someten a la justicia formal. Es por ello que en la actualidad se está optando por acudir a los medios alternos, ya que son medios no tradicionales, distintos al poder judicial, que dan solución a conflictos entre partes, echando mano de la negociación, acuerdos o con la intervención de un tercero ajeno al conflicto elegido por las partes.¹⁸

8. OBJETIVOS Y VENTAJAS DE LOS MEDIOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Dentro del presente apartado, se enumerarán algunos de los objetivos más importantes de los medios alternos:

1. Reducen la carga procesal de los tribunales, así como el costo y el tiempo de la resolución de los conflictos.
2. Brindan accesibilidad a todo público a la justicia.
3. Motivan y aumentan la participación de los integrantes de la comunidad en los medios alternos de gestión de conflictos.

¹⁸ *Ibíd.*

4. Proporcionan a la sociedad una forma alternativa muy efectiva de resolución de conflictos.

Por otro lado, en lo que respecta a las ventajas por los que se beneficiarían todo tipo de personas que acudieran a resolver un conflicto a través de los diversos medios alternos comentados con antelación serían las siguientes, rapidez, agilidad, confidencialidad, flexibilidad, justicia y éxito por mencionar algunas y que a continuación se describen:

1. Son ágiles, en razón a que los problemas se resuelven en un tiempo mucho más reducido al que estamos acostumbrados a través de las instancias judiciales ordinarias. Por lo que cabe al tiempo para la resolución de los mismos es diferente la normativa para cada uno de los medios, es decir varía según el medio empleado y según el estado o país en donde se aplique; son diferentes plazos establecidos pero por ello dejan de ser reducidos.
2. Son confidenciales, por lo que toca a que sólo las partes podrán estar presentes en las audiencias, ya que éstas son privadas o cerradas y de carácter meramente confidencial, por lo que no queda escrito en ningún registro o expediente a través del cual gente ajena al conflicto, pueda tener acceso a la información compartida dentro de las sesiones.
3. Son informales, ya que los procedimientos de los diferentes medios alternos, carecen de formalismos y generan creatividad.
4. Son flexibles, en el sentido en que no hay rigor en cuanto al procedimiento o en cuanto a cómo se va a tratar de gestionar el asunto; las partes pueden modificarlo si llegan a un acuerdo.
5. Son justas, dado que las partes en conflicto salen ambas victoriosas al haber tomado un acuerdo mutuo.

6. Exitosas, porque una vez implementados los acuerdos a los que llegan las partes, estos tienen una gran efectividad en cuanto a su respeto y cumplimiento entre las mismas.

En lo que respecta a la elección del medio alternativo a seguir con motivo de la resolución o gestión de un conflicto, las partes tienen que observar una serie de factores como la naturaleza de la relación que guardan frente al conflicto y a su contraparte, el contexto en el que se va a negociar, las cuestiones que se encuentran en juego a través de la negociación, los futuros costos que implicaría el resolver a través de litigio el asunto en gestión o a gestionar, el interés por mantener en privacidad la información y los procedimientos a seguir, etc¹⁹.

9. DIVERSOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Dentro de los medios alternos de resolución de conflictos, podemos encontrar varios como lo son: la conciliación, el arbitraje, la negociación y la mediación, mismos que tienen una misma finalidad como su nombre lo indica, el buscar acuerdos confidenciales, rápidos, prácticos, voluntarios y flexibles entre otros, de la misma manera estos medios se diferencian por sus mismas características especiales como a continuación se expresará en breve.

9.1. EL ARBITRAJE

De todos los medios alternos, el arbitraje es el que tiene una mayor aproximación al modelo del litigio común. Es un medio de solución de controversias, mediante el cual en algunas ocasiones es permitido por la ley que las partes puedan sustraerse de los órganos judiciales estatales.

¹⁹ GONZÁLES PEÑA, Oscar: Op.cit, Pág 111.

9.1.1 DEFINICIÓN DEL ARBITRAJE

Arbitraje, palabra que proviene del latín *adbiter*, formada por la preposición *ad* y *arbiter*, que significa tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia.²⁰

El arbitraje, es un mecanismo en el que las partes en litigio designan y se apoyan de manera voluntaria de un tercero imparcial para que éste último decida o emita un laudo en base a la situación que se le presentó, obteniendo como resultado la condena de una de las partes que obtiene un fallo desfavorable a su cumplimiento, es decir, en este medio alterno las partes se someten a la decisión que tome el árbitro, mismo que decide a través de una resolución en este caso llamada laudo cuál de las partes tiene la razón legal.²¹

En lo que respecta al tercero que tiene el poder de decisión o que emite un laudo, se le llama árbitro, esto con la finalidad de distinguirlo de los jueces o magistrados, toda vez que los árbitros tienen su jurisdicción limitada, en función de poseer la *notio*, la *vocatio* y la *iuditium*, mientras que los jueces o magistrados poseen todas ellas, pero además la *coertio* y la *executio*.

9.1.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

Las teorías en relación a la naturaleza jurídica del arbitraje se sistematizan de la siguiente manera:

- Teorías contractualistas: El objetivo o punto principal de estas teorías es la tendencia a equiparar el arbitraje con el contrato privado, como una manifestación más de la autonomía de la voluntad de las partes y de su soberanía en lo que respecta a sus relaciones jurídicas particulares; la introducción de un tercero en el negocio particular es legitimada por la

²⁰ GONZAINI, Osvaldo Alfredo.: Op. Cit. Pág. 113.

²¹ PACHECO PULIDO, Guillermo.: “Mediación. Cultura de la paz”, Ed. Porrúa, México, 2004, Págs. 3-4

rogación o por la solicitud de las partes y por su voluntad de someterse a la decisión que el tercero pronuncie.

- Teorías jurisdiccionalistas: Los postulados de estas teorías defienden la jurisdiccionalidad del arbitraje con una serie de diversos argumentos. De una manera muy general comparan varias similitudes del arbitraje con las instancias judiciales y con su procedimiento, como lo es con respecto a la función del juez que es similar a la del árbitro, de la misma manera comparan los efectos de una sentencia con aquellos derivados de una laudo arbitral llegando a demostrar la existencia del juicio y cosa juzgada en el arbitraje.
- Teorías intermedias: “Merece la pena ser recordada aquí la postura de Francesco Carnelutti, para quien el arbitraje es equivalente al proceso de cognición, pero, ser el árbitro un particular, lo califica como una subrogado procesal, equivalente al proceso.”²²

9.1.3 REGULACIÓN RESPECTO DEL ARBITRAJE EN MÉXICO

En la actualidad dentro del orden normativo nacional, el arbitraje se encuentra contemplado dentro de los siguientes ordenamientos:

- Código de Comercio en su título IV que está especialmente dedicado al procedimiento arbitral, mismo en el que menciona que en lo que respecta al arbitraje se refiere a cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente en la que se lleve a cabo. También hace mención en lo referente al acuerdo de arbitraje y menciona que es aquel por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica ya sea contractual o no contractual. De la

²² BRAVO PERALTA, Martín.: “El arbitraje económico en México”, Ed. Porrúa, México, 2002, Pág. 60.

misma manera menciona que el acuerdo de arbitraje podrá tomar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

- Código Federal de Procedimientos Civiles, que se ocupa principalmente de la regulación acerca del reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, así como para cada una de las entidades integrantes de la federación, que en nuestro particular la actividad arbitral se encuentra normada en el Código de Procedimientos Civiles vigente para el Estado de San Luis Potosí en el Título Noveno, Capítulo primero del numeral 504 al 531.
- Diversas leyes de ámbito federal o local, que de manera aislada contemplan reglas referentes al arbitraje.

9.1.4 CLASIFICACIONES DEL ARBITRAJE

Oswaldo Alfredo Gozaíni, realiza la clasificación del arbitraje en base al origen del mismo que puede ser:

- a) voluntario.- es decir, cuando las partes por mutuo acuerdo convienen a instar por este medio sin que halla documentos que los obliguen;
- b) el forzoso o necesario, que a diferencia del anterior puede ser obligatorio legal en el caso de que exista algún ordenamiento jurídico que contemple la obligatoriedad de instar por este medio y obligatorio convencional, en el que las partes convienen en una cláusula compromisoria o en algún convenio acudir al arbitraje en caso de que surgiera algún conflicto o desacuerdo de las partes.

9.1.5 VENTAJAS DEL ARBITRAJE

Diversos autores señalan y destacan algunas de las ventajas al utilizar este medio alternativo como lo son:

- Puede ser iniciado de una manera rápida; en lo que respecta al procedimiento éste es relativamente corto y la decisión se presenta de manera ágil.
- Las reglas adoptadas pueden ser flexibles y más especializadas o directas según el negocio del que se trate que las previamente establecidas en un procedimiento ordinario judicial.
- Las partes son las que seleccionan a los árbitros.
- El árbitro concededor del negocio es experto en la materia .

“El procedimiento arbitral es menos formal, más rápido y menos caro que el proceso judicial, aún cuando no han faltado críticas sobre una creciente formalidad del arbitraje similar al judicial, así como un aumento en el costo del arbitraje y retraso en las resoluciones, características inherentes a todo proceso de resolución de controversias.”²³

9.2 LA CONCILIACIÓN

Se puede decir que la conciliación, es otro de los medios más comunes y conocidos que en la actualidad se aplica con la finalidad de resolver los conflictos derivados de las relaciones laborales.

9.2.1 DEFINICIÓN DE CONCILIACIÓN

La palabra conciliar, proviene del latín *conciliare*, que etimológicamente significa componer o ajustar los ánimos y posiciones de quienes, opuestos entre sí, llegan a un arreglo a través de la intervención de un tercero.²⁴

²³ *Ibíd.*, Pág. 10.

²⁴ ARMIENTA CALDERON, Gonzalo M.: *Op. Cit.*, Pág. 96.

La conciliación es el procedimiento mediante el cual las partes en conflicto se apoyan en un tercero que sin emitir juicio o resolución con respecto al fondo del asunto elabora propuestas o presenta diversas alternativas a las partes para poder obtener una solución al litigio planteado, es decir, que coadyuva con las partes para que éstas tomen una decisión que sea justa y razonable.²⁵

Oscar Peña Gonzáles, nos menciona en su obra que la conciliación es “..una forma de solución de una controversia que acelera su terminación definitiva a través de un acuerdo de las partes, asistidas por un tercero -el conciliador - respecto de derechos que no tienen carácter de indisponibles.”²⁶

Dentro de este medio alternativo de resolución de conflictos, encontramos como en los demás medios, la participación de un tercero ajeno al conflicto cuya actividad primordial consiste en colaborar con las partes, mismas que le ceden cierto control sobre el proceso de conciliación pero sin delegar a él la solución.

La palabra conciliación en algunas ocasiones es confundida con el acuerdo que se obtiene como consecuencia del proceso conciliatorio; es importante destacarlo, ya que una cosa es participar en el proceso y otra es que por medio de dicho proceso se haya obtenido un acuerdo.

9.2.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCILIACIÓN

El acto de conciliar no puede ser de manera única, rígida e inflexible, porque lo que importa realmente es el fin que persigue la misma, es decir, es un medio que permite diversas formas para su aplicación siempre y cuando no vaya en contra de la normativa jurídica; que no contravenga los preceptos de orden público y que el acuerdo al que lleguen las partes en conflicto se encuentre dentro del marco de la legalidad, respetando de la misma manera los derechos

²⁵ PACHECO PULIDO, Guillermo.: Op. Cit. Pág. 4.

²⁶ PEÑA GONZÁLES, Oscar.: Op. Cit. Pág. 120.

que por sus propias características son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles.

Las teorías que responden a la naturaleza jurídica de la conciliación son las siguientes:

- Teoría procesalista.- dentro de esta teoría podemos encontrar que se encuadra a la conciliación como meramente procedimental. Un claro ejemplo para poder comprender esta teoría es la regulación que en este ámbito podemos encontrar en materia laboral, dentro de la ley Federal del Trabajo y en la Ley Federal de Protección al Consumidor, en sus respectivos articulados, en las que la conciliación aparece reglamentada como un requisito de procedibilidad para poder ejercitar diversas acciones como consecuencia de no haber llegado al arreglo por medio de ésta, sea por la situación que fuere. Dentro de esta teoría la conciliación forma parte del procedimiento, por lo que no cabe duda alguna de su connotación procesalista.
- Teoría Negocial.- En el sentido de que la conciliación como proceso o mecanismo de solución de conflictos, desborda los linderos del negocio jurídico; pero la conciliación como acuerdo contenido en el acta final sí constituye un verdadero negocio jurídico, pues contiene manifestaciones de voluntad encaminadas a producir un efecto jurídico.²⁷ El acuerdo final como resultado de un proceso previo conciliatorio, surte efectos jurídicos para ambas partes, ya sea que se logre un contrato nominado o innominado, siempre y cuando se hayan pactado derechos y obligaciones recíprocas atendiendo al principio *res inter alios acta*, "*Res inter alios acta aliis neque nocereneque prodesse potest*, que significa que lo hecho entre unos no puede perjudicar ni producir efectos para otros"²⁸, con respecto a los terceros estos no pueden quedar obligados pero también surte efectos en el caso de que estos sean beneficiarios

²⁷ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán.: "La conciliación extrajudicial y la amigable composición", Ed. Temis, s/ed., Colombia, 2003, Pág. 15.

²⁸ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel.: "Obligaciones civiles", Ed. Oxford, 5a. ed., México, 2001, Pág. 132.

como en el caso de estipulación a favor de tercero es una realidad que no deben ignorar lo que responde a la oponibilidad o efecto *erga omnes*.

- Teoría Mixta, Se refiere a que las dos teorías, tanto la procedimental como la negocial van de la mano, ya que la conciliación termina con un convenio o negocio jurídico, en el caso de que se acuerde por las partes o en su defecto, termina con una constancia de no acuerdo o de no conciliación. La conciliación judicial forma parte de un proceso previamente consignado y de la misma manera también concluye con un acuerdo o con la constancia de no conciliación, y aunque se haya llevado a cabo un proceso conciliatorio y no se haya llegado a ningún acuerdo se puede dar por agotada esta etapa procedimental dentro del procedimiento previamente instado por las partes ante las autoridades competentes, por lo que el proceso sigue su curso, sólo se agota una etapa.

9.2.3 PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA CONCILIACIÓN

- Es un acto jurídico por el que las partes recurren a un tercero para que éste les proporcione ayuda para obtener un acuerdo respecto del negocio planteado por las partes.
- Requiere de la existencia de un tercero para que por medio de consejos y propuestas oriente y ayude a las partes en su negocio; de la misma manera es quien les señala el camino a las partes para obtener el acuerdo.
- Es un medio alternativo de solución de conflictos, por las características del mismo y porque las partes pueden optar por recurrir a éste, por solucionar sus conflictos a través de las instancias ordinarias judiciales o a través de algún otro medio alternativo de resolución.
- La oralidad e inmediatez se encuentran en todo momento presentes dentro del desarrollo de la conciliación, ya que el conciliador o tercero en todo momento estará presente junto con las partes durante el desarrollo de la misma. De la misma manera prevalecerá la oralidad como medio

de comunicación entre las partes y el tercero dentro del proceso, de lo contrario sería inimaginable un proceso conciliador por medio de escritos.

- Pretende evitar la realización de un procedimiento heterónomo o la simple continuación de la sustanciación de un proceso ya iniciado.
- Trata de fomentar entre las partes el acercamiento mutuo por medio de la comunicación , demostrándoles con esto que es mejor que a través de los medios ordinarios en donde en la mayoría de las ocasiones las verdaderas partes no intervienen si no que lo hacen por medio de terceros.
- Carece de toda formalidad, es por eso que se le conoce o se le llama como medio informal, también es flexible por la amplia libertad reservada al conciliador.²⁹

9.2.4 REGULACIÓN DE LA CONCILIACIÓN EN MÉXICO

Hoy en día en nuestro país, la conciliación es un medio alternativo muy utilizado, pero un poco desgastado, toda vez que las pocas leyes que la contemplan ubican a la misma como un requisito de carácter meramente procedimental, haciendo con esto que la mayoría de las partes pierdan el interés de solucionar sus problemas por medio de esta vía, ya que al no ser un medio alternativo contemplado por la ley como voluntario, la mayoría de las personas le restan importancia y pierden confianza.

Cabe destacar que dentro de nuestro marco jurídico existen las siguientes legislaciones que contemplan la conciliación:

- La legislación en materia laboral, es decir la ley reglamentaria del artículo 123 apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dentro del Capítulo XVII artículos del 873 al 876, éste último artículo está dedicado a la forma en la que se desarrollará la

²⁹ PEÑA GONZÁLES, Oscar: Op. Cit. Págs. 121-122.

etapa conciliatoria en la que menciona que la comparecencia de las partes ante la junta deberá de ser personal, también nos menciona que se les exhortará a las partes para que procuren llegar a un acuerdo conciliatorio y en caso de que se llegue a dar éste, se dará por terminado el conflicto y el convenio producirá todos los efectos jurídicos inherentes a un laudo. De lo contrario, de no haber llegado a un arreglo se les tendrá por inconformes y se pasará a la etapa de demanda y excepciones continuando con esto la susbtanciación del procedimiento laboral.

- La Ley Federal de Protección al Consumidor en su sección segunda del procedimiento conciliatorio del artículo 111 al 116, dentro de los que se menciona la forma en como se deberá de llevar a cabo la audiencia a fin de avenir a las partes con la finalidad de obtener un acuerdo mismo que de obtenerse, no admitirá recurso alguno y será aprobado por la Procuraduría Federal del Consumidor siempre y cuando no vayan en contra de disposiciones de orden público y en caso no haber un arreglo deberán de continuar con el procedimiento establecido.
- Diversas leyes de ámbito federal o local, que de manera aislada contemplan reglas referentes a la conciliación.

9.2.5 LAS VENTAJAS DE LA CONCILIACIÓN

Algunas de las ventajas que podemos encontrar en relación a la conciliación son las siguientes:

- Es más ágil y rápida, porque las partes tienen una mayor comunicación entre sí y para con el tercero derivado de algunos principios que la destacan como lo es la inmediatez y la oralidad, por lo tanto llegan a un acuerdo en un menor tiempo que por medio de instancias judiciales ordinarias.

- Beneficia a las partes, en virtud que de llegar a un acuerdo ambas partes salen victoriosas.
- Confidencial, dado que tanto las partes como el conciliador deben de reservarse toda aquella información que se hubiera expresado durante el proceso conciliatorio.
- Económica, en el sentido de que ahorra dinero para las partes intervinientes, ya que se resrevarían gastos destinados a sus respectivos patrocinios.

9.3 LA NEGOCIACIÓN

La negociación es algo que todos nosotros hemos realizado en el transcurso de nuestras vidas, incluso en el entorno diario, en la universidad, con amistades, con nuestra familia, padre, madre hermano, etc. Lógicamente los problemas que sometemos la negociación, cuentan con diferentes características, diversos niveles de implicación y son de una trascendencia distinta para cada uno de nosotros, por lo tanto se podría pensar que no es cosa del otro mundo por mencionarlo de alguna manera, pero no es así, ya que hay numerosas obras y existen innumerables teorías y técnicas para el negociador, considerado por algunos como un arte, el arte de negociar. Lo que se pretende en el presente apartado es dar a conocer de una manera breve en qué consiste la negociación y cuáles son sus características principales, cómo funciona, sus objetivos, etc.

9.3.1 DEFINICIÓN DE NEGOCIACIÓN

La palabra negociación, proviene del latín *negotiatio* que significa acción y efecto de negociar, es el proceso dinámico, fluido y complejo por el que las partes interesadas intercambian promesas y contraen compromisos u obligaciones, en un esfuerzo para resolver sus diferencias y llegar a un acuerdo

justo y consentido por ambas, es decir, es una relación de oferta y demanda que se produce entre las partes que se encuentran en conflicto.

Es un proceso autocompositivo, que tiene como diferencia esencial frente a las otras figuras, el que por medio de la negociación son las propias partes las que entran al proceso y las que llegan al acuerdo.

Las partes en el proceso de negociación establecen una relación voluntaria y temporal con el objeto de dar a conocer las necesidades e intereses que pueden intercambiarse para poder llegar a un mutuo y amistoso acuerdo final.³⁰

El impulso básico que mueve a las personas a llevar a cabo una negociación es la inconformidad. En algunas ocasiones nos sentimos disconformes ante la carencia de algo y pretendemos llenar esa carencia desprendiéndonos de algo que poseemos o a contrario sensu, estamos disconformes con la tenencia de algo que no es superfluo y sentimos que podríamos realizar un cambio para obtener lo que realmente necesitamos.³¹

Según Christopher Moore, al principio de las negociaciones la gente se muestra irritada, ofendida, molesta, frustrada, desconfiada, alineada, sin esperanza, resentida, traicionada y temerosa o en algunas ocasiones, resignada a aguantar condiciones que le parecen insatisfactorias. Es importante que se logren controlar o minimizar esas emociones negativas en una etapa temprana de la negociación, mismas que se explicarán más adelante ya que de lo contrario esos sentimientos podrían bloquear o impedir la consecución posterior de un acuerdo.³²

9.3.2 PRINCIPIOS DE LA NEGOCIACIÓN

³⁰ URQUIDI, J. Enrique.: Op. cit. Pág. 37.

³¹ MILIA, Fernando A.: Op. Cit. Pág. 146.

³² MOORE, Christopher.: Op. Cit. 206.

Fernando A. Milia nos muestra una clasificación relacionada a los principios de la negociación:

- Carencia de reglas, Toda vez que la negociación no tiene reglas, es un procedimiento informal sujeto a la voluntad de las partes.
- Del contacto y de la comunicación, Toda negociación requiere forzosamente del contacto e interacción de las partes, ya que de lo contrario ésta sería inconcebible.
- Del trato cerrado, La negociación se considera trato cerrado cuando alguna de las partes integrantes de la misma realiza una concesión final y suficiente para obtener el consenso del oponente o de la contraparte.
- De la utilidad, Todo negociador pretende lograr por medio de ésta, la ganancia de lo máximo y la pérdida de lo mínimo.
- El principio del juego estratégico, El éxito del modo de acción de cada parte va a depender de las acciones que halla tomado la contraparte, ya que al formular una propuesta el negociador espera la respuesta del oponente.³³

9.3.3 TIPOS DE NEGOCIACIÓN

Dentro de los diversos tipos de negociación podemos encontrar la existencia de la negociación posicional, también llamada distributiva en donde la relación es gana-pierde y la basada en intereses o méritos que diversos autores como lo señala Oscar Peña Gonzáles le llaman de alguna u otra manera como negociación integrativa³⁴, sin embargo se refieren a lo mismo, en donde hay una relación gana-gana.

1. Negociación posicional o distributiva (esquema ganar-perder)

³³ MILIA, Fernando A.: Op. Cit. Pág. 132.

³⁴ PEÑA, GONZÁLES, Oscar.: Op. Cit. Pág. 150.

Este tipo de negociación, es aquella en la que una parte obtiene puntos a expensas de la otra; es la llamada negociación de regateo. Aquí las partes actúan de forma competitiva y buscan las ventajas de manera individual.

2. Negociación integrativa o basada en intereses o méritos (esquema ganar-ganar)

La negociación integrativa es totalmente lo contrario a la posicional, las partes primero que nada identifican intereses y diferencias mutuas, para posteriormente realizar una labor conjunta, ya que "...su interés es resolver problemas, encontrar soluciones integradoras, mutuamente satisfactorias y generar un resultado ganador – ganador."³⁵

De la misma manera Sara Horowitz, menciona tres distintos tipos de intereses en la negociación como lo son:

- Interés sustantivo, Son aquellos que las partes vinculan con necesidades como lo son objetos tangibles como tiempo o dinero, mismos que sirven de base para las partes para centrar las negociaciones.
- Intereses de procedimiento, Se refieren a la forma o al modo en la que se va llevar a cabo la negociación.
- Intereses psicológicos.- Engloba todo lo referente a las necesidades emocionales, durante y después de la negociación³⁶ (acerca de la imagen y el autoestima de cada negociador).

9.3.4 TIPOS DE NEGOCIADOR

Cada negociador tiene su propia capacidad y estilo para negociar, ya sea estilo agresivo o estilo cooperativo. Tal y como todos los individuos, es característico que cada uno de nosotros seamos más de un estilo que del otro. Lo más óptimo es desarrollar un buen equilibrio entre estos dos estilos.

³⁵ HOROWITZ, Sara, et al.: "Mediación. Una respuesta interdisciplinaria", Ed. Eudesa, 1ª ed., Argentina, 1997, Pág. 119.

³⁶ *Ibíd.* Pág. 119-120.

Es necesario para un buen entendimiento el colocar un cuadro con los estilos de negociación en donde se puede notar que cada estilo trae aunado al mismo una patología que hace que el negociador sea ineficaz. Dicho cuadro fue elaborado por Gerald R. Williams en su obra "Materials for Legal Negotiation and Settlement" y está basado en una investigación realizada por este catedrático en la Facultad de Derecho en la Brigham Young University, en Provo, Uta, EEUU.³⁷

El hecho de que cada negociador identifique su estilo propio y el del oponente es de suma importancia con el objeto de tener control y realizar una buena negociación.

Dentro del primer cuadro podemos observar las características del negociador efectivo, ya sea cooperativo o agresivo. El segundo cuadro nos muestra cómo cambian tanto los objetivos como las características del negociador para hacerlo ineficaz. Es evidente que el negociador ineficaz agresivo padece de ser demasiado hostil, exigente e irritante, en cambio la debilidad del negociador ineficaz cooperativo es mucho menos evidente, la debilidad de éste último la podemos observar en el punto cuatro dentro de sus objetivos y en los puntos dos y cuatro de sus características.

El negociador ineficaz cooperativo confía demasiado en la honestidad de su oponente, cuando este negociador cede en algún punto durante la negociación, el agresivo, es decir su oponente, se aprovecha sin ceder absolutamente nada y como consecuencia el cooperativo cree que el agresivo no lo volverá a repetir, pero en cuanto tenga una nueva oportunidad el agresivo lo realizará nuevamente y se aprovechará y así sucesivamente ante las disculpas del cooperativo por continuar con la negociación. La negociación termina con el negociador cooperativo comportándose o actuando de forma pasiva-agresiva, obteniendo como resultado muy poco o nada de lo que deseaba lograr en la negociación.

³⁷ BUTTS GRIGGS, J.D. Thelma: Apuntes "Taller Práctico de Mediación Familiar", Escuela Complutense de Verano, Universidad Complutense de Madrid, julio 2002.

Modelos Básicos del Negociador Efectivo*

Cuadro # 1

Efectivo Cooperativo

Efectivo Agresivo

Objetivos del Cooperativo	Objetivos del Agresivo
<ol style="list-style-type: none">1. Portarse éticamente2. Maximizar el acuerdo para el cliente3. Conseguir un acuerdo justo	<ol style="list-style-type: none">1. Maximizar el acuerdo para el cliente2. Lograr un buen honorario para sí3. Superar al oponente
Características del Cooperativo	Características del Agresivo
<ol style="list-style-type: none">1. Da confianza Ético Justo	<ol style="list-style-type: none">1. Dominante Fuerte Atacante

Patrones del Negociador Ineficaz*

Cuadro # 2

Ineficaz Cooperativo	Ineficaz Agresivo
Objetivos del Cooperativo	Objetivos del Agresivo
<ol style="list-style-type: none">1. Portarse éticamente2. Maximizar el acuerdo para el cliente3. Hacer lo que necesita el cliente4. Mantener buenas relaciones con el oponente5. Conseguir un acuerdo justo	<ol style="list-style-type: none">1. Maximizar el acuerdo para el cliente2. Superar al oponente3. Lograr un buen honorario para si
Características del Cooperativo	Características del Agresivo
<ol style="list-style-type: none">1. Da confianza, ético, justo	<ol style="list-style-type: none">1. Irritante, molesto

9.3.5 CARACTERÍSTICAS DEL NEGOCIADOR

A mención simple y con la finalidad de una buena comprensión, se mencionarán algunas de las características con las que debe de contar el negociador :

- Se enfrenta al problema, no a las personas.
- Escucha durante todo el tiempo y realiza preguntas.
- Empatiza o se coloca en el lugar de los otros.
- Identifica los puntos en conflicto.
- Reconoce los intereses de cada parte.
- Identifica los intereses mutuos o compartidos.

- Mira al futuro y no al pasado.
- Presta atención a las relaciones existentes.
- Genera opciones.
- Busca y detecta variables negociables respecto de algún punto.
- Determina los aspectos en los que esta dispuesto a ceder.
- No se enfrenta a interlocutores.
- Comprende el idioma del cuerpo.
- No teme retroceder para posteriormente lograr dar un avance mayor.³⁸

9.3.6 TÁCTICAS DE LA NEGOCIACIÓN

Según Silvia Hinojal López, profesora en la fundación universitaria San Pablo CUE, Coordinadora del experto en Mediación: ámbitos de actuación y técnicas aplicadas en la resolución del conflicto de la Universidad Complutense, Madrid, España, algunos de los detalles más importantes que deben de tomarse en cuenta durante la negociación son los siguientes:

- Comenzar por los puntos considerados por las partes como los más importantes.
- Retrasar el planteamiento de cuestiones delicadas.
- Contener las emociones que se lleguen a presentar.
- Utilizar el silencio en el caso en el que se presenten ofertas inaceptables.
- Se debe de estar preparado para suspender la negociación en el caso en que la alternativa no sea aceptable.
- En el caso de que se suspenda la negociación, fijar las bases para el próximo encuentro.
- Respetar las creencias del oponente o de la contraparte.
- Utilizar un léxico sencillo que pueda ser comprendido por las partes, con la finalidad de que no de lugar a malas interpretaciones.

³⁸HINOJAL LÓPEZ, Silvia.: Apuntes “Mediación como proceso de gestión de conflictos familiares y de interculturalidad”, Escuela Complutense de Verano, Universidad Complutense de Madrid, julio 2002.

- No ser codicioso en ningún momento.
- Retirarse en cuanto se llegue a un acuerdo.³⁹

9.3.7 MÉTODO DE NEGOCIACIÓN SEGÚN PRINCIPIOS

Una vez que se han abordado diversos aspectos referentes al campo de la negociación de una manera clara y breve, en el aspecto de estrategias de la negociación, es importante mencionar un método que ha tenido gran éxito y difusión cuya aplicación es en materia contractual y empresarial. Dicho método es el Método de Negociación según Principios, desarrollado en el proyecto de negociación de Harvard (un programa de investigación realizado por la Universidad de Harvard, que estudiaba los problemas de la negociación). Como nos menciona Oscar Peña⁴⁰, éste método expuesto por Roger Fisher y William Ury en sus diversas obras, consiste en decidir los problemas según sus méritos como se explicará a continuación.

El presente método, reposa sobre cuatro principios básicos que a manera breve serán tratados, dichos principios son: a) separar a las personas del problema; b) concentrarse en los intereses no en las posiciones; c) generar una variedad de opciones antes de actuar; d) discutir en base a un criterio objetivo.

a) Separar a las personas del problema .- Este principio se refiere a que debe de atacarse al conflicto en sí y no a la persona, para esto es necesario crear empatía, es decir comprender a la contraparte, ponerse en el lugar del otro, que es una de las habilidades más importantes del negociador ya que admite apreciar el punto de vista o la manera de pensar de la contraparte, si bien "...comprender a la otra parte no es lo mismo que estar de acuerdo con ella."⁴¹ pero ayuda en una cierta manera a la negociación.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ PEÑA GONZÁLES, Oscar.: Op. Cit. Pág. 152.

⁴¹ *Ibíd.* Pág.153.

Es necesario destacar dos puntos, el primero es que las partes se involucren en la solución del conflicto, que a ambas les interese el resultado, y el segundo es la importancia de la comunicación que pueda haber en el proceso de negociación.

La clave está en la escucha y en el reconocimiento de lo que cada uno menciona para poder comprender lo que realmente sienten.

b) Concentrarse en los intereses, no en las posiciones.- Es importante destacar que las posiciones que toman las partes se refiere a la postura que estas toman para defender sus intereses o deseos respecto de un conflicto en específico.

La raíz del problema en los conflictos no lo son las posiciones que adquieren las partes, sino los intereses de éstas que son "... los intereses y deseos subyacentes que pretende una persona en cualquier circunstancia a través de las cuales plantea su posición en un conflicto."⁴²

Por medio del proceso de negociación, se puede lograr que las partes concilien intereses y no posiciones, puesto que hay varios intereses que podrían satisfacer una posición. De lo anterior se desprende que lo más importante es conocer los intereses de la otra parte por el único camino que es por medio de la comunicación, ya que por éste obtenemos la información necesaria para identificarlos. Es necesario que cada parte comunique o le haga saber sus intereses a la otra para que una vez que los conozcan comiencen a proponer concesiones que puedan satisfacerlos mutuamente.

c) Generar una variedad de opciones antes de actuar.- Entre más opciones o variantes aporten cada uno de los sujetos involucrados en el proceso de negociación más grandes son las posibilidades de que puedan llegar a un acuerdo, sin embargo cabe destacar que algunas personas rara vez se percatan de esto por pensar que ellos tienen la respuesta.

⁴² *Ibíd.* Pág. 154.

- d) Discutir en base a un criterio objetivo.- Los acuerdos que se obtengan deben de sustentarse en algún criterio que sea independiente a la voluntad de las partes, debe de ser creativo, propuesto por ellos, práctico, legítimo y legal, tomando en cuenta la equidad. Gracias a los criterios objetivos se evita la cesión de una de las partes ante una propuesta arbitraria, por lo tanto según como nos menciona Oscar Peña Gonzáles las partes deben de basarse en criterios de equidad, eficiencia o respaldo y en caso de que haya varios criterios deben de discutirse.⁴³

CAPÍTULO SEGUNDO

MEDIACIÓN COMO PROCESO DE GESTIÓN DE CONFLICTOS

SUMARIO

10.-Mediación; 11.-Definición de mediación; 12.-Diferencia de la mediación con diversos medios alternos; 12.1-Diferencia entre la mediación y la conciliación; 12.2.-Diferencia entre la mediación y el arbitraje; 13.-Breves antecedentes de la mediación; 14.-Escuelas o modelos de mediación; 14.1.-Modelo tradicional-lineal (Harvard); 14.1.1.-Características del modelo tradicional-lineal (Harvard); 14.1.2.-Metodología del modelo tradicional-lineal (Harvard); 14.1.3.-Fines del modelo tradicional-lineal (Harvard); 14.2.-Modelo transformativo; 14.2.1.-Características del modelo transformativo; 14.2.2.-Metodología del modelo transformativo; 14.2.3.-Fines del modelo transformativo; 14.3.-Modelo de Sara Cobb; 14.3.1.-Características del modelo de Sara Cobb; 14.3.2.-Metodología del modelo de Sara Cobb; 14.3.3.-Fines del modelo de Sara Cobb; 15.-Principios básicos de la mediación; 15.1.-Principio de voluntariedad; 15.2.-Principio de flexibilidad; 15.3.-Principio de confidencialidad; 16.-Ventajas e inconvenientes de la mediación; 17.-Proceso de mediación; 18.-Etapas del proceso de mediación; 18.1.-Premediación; 18.2.-Sesión inicial; 18.2.a.- Discurso de apertura; 18.2.b.-Explicación de objetivos de la mediación y pautas de trabajo; 18.3.- Relato de antecedentes de las partes; 18.3.a.-Información de antecedentes y fijación de posiciones; 18.3.b.-Recopilación de antecedentes; 18.3.c.-Preguntas y parafraseo; 18.4.-Generación de opciones; 18.4.a.-Reformulación; 18.4.b.-Escucha activa; 18.5.-Búsqueda de la solución; 18.5.a.-Propuestas en la sesión conjunta; 18.5.b.-Propuestas en sesiones privadas; 18.6.- Solución final al problema; 18.6.a.-Sesión conjunta final; 19.-El acuerdo; 20.-El mediador; 20.1.-El perfil del mediador; 20.2.-Características del mediador; 20.3.-Habilidades del mediador; 20.4.-Responsabilidad del mediador; 20.5.-Intervenciones de los mediadores. 21.-Ámbitos de aplicación de la mediación;

⁴³ *Ibíd.* Págs. 151-157.

21.1.-Mediación en sede judicial; 21.2.-Mediación civil; 21.3.-Mediación familiar; 21.4.-Mediación empresarial; 21.5.-Mediación penal; 21.6.-Mediación comunitaria; 21.7.-Mediación escolar.

10. MEDIACIÓN

La mediación como medio alternativo de resolución de conflictos, objeto de la presente investigación es de reciente aparición en nuestro país; cabe mencionar que no existe suficiente información al respecto, sin embargo poco a poco con el paso del tiempo la población la está conociendo, ya que en muchos lugares se están realizando trabajos legislativos en los que se opta por ella; ésta conducta se presenta como consecuencia de los éxitos y de la experiencia comparada con otros países que ha tenido y sigue teniendo la aplicación de este medio para resolver conflictos.

11. DEFINICIÓN DE MEDIACIÓN

La mediación, es la intervención en una disputa, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de poder de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable⁴⁴, es decir, el mediador conduce a las partes para que de ellas emane un acuerdo.

Por otra parte Norma López Faura define la mediación como una negociación triangular con la participación de un tercero neutral que no tiene poder de decisión⁴⁵.

Según Ma. Guadalupe Márquez Algara, mediación es un procedimiento no adversarial, pacífico y cooperativo de resolución de conflictos cuyo propósito es

⁴⁴ MOORE, Christopher.: Op. Cit., Pág. 499.

⁴⁵ LÓPEZ FAURA, Norma V, et al.: “Mediación. Una respuesta interdisciplinaria”, Ed. Eudesa, 1ª ed., Argentina, 1997, Pág. 240.

lograr un acuerdo rápido y sin los costos de tiempo, dinero y esfuerzo que implicaría un proceso judicial.⁴⁶

De las diversas pero a la vez semejantes definiciones que se pueden encontrar respecto de este medio alternativo de gestión de conflictos, podemos concluir que la mediación es de una técnica muy abundante, la que consiste en la intervención de un tercero cuyo objetivo es facilitar la comunicación entre las partes a fin de que éstas logren por sí mismas acuerdos en torno a un conflicto.

12. DIFERENCIAS DE LA MEDIACIÓN CON DIVERSOS MEDIOS ALTERNOS

La mediación tiene algunas observaciones destacadas de las que carecen los otros medios alternos, como lo es que las partes conservan el poder de decisión y el mediador no opina, no decide, no aconseja, ni emite opinión alguna acerca de posibles soluciones del o de los litigios que se le presenten, de lo anterior podemos destacar que el mediador sirve como un puente para mejorar la comunicación entre las partes en conflicto.

12.1 DIFERENCIA ENTRE LA MEDIACIÓN Y LA CONCILIACIÓN

Dentro de este punto es importante destacar que una de las más marcadas diferencias que surgen entre estos dos medios alternos de resolución de conflictos es que si bien en la mediación se tiene como base el acuerdo mutuo de las partes, éste no se da por las propuestas derivadas de la intervención de un tercero como lo es en la conciliación, ya que en la mediación interviene un tercero, que tiene como única y especial tarea el tratar de acercar a las partes para que ellas mismas definan sus controversias con respecto al caso planteado.

⁴⁶ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe.: Op. Cit., Pág. 85.

A manera clara y con la finalidad de marcar las diferencias existentes entre la conciliación y la mediación, enunciaré las siguientes:

- La primera diferencia es que el mediador no sugiere ni opina, en cambio el conciliador sí lo hace, lo que origina una reducción en la participación activa de las partes en la búsqueda de soluciones.
- En la mediación el mediador ayuda a las partes para que éstas por sí solas generen sus propias soluciones. “El mediador dirige el proceso pero no sugiere fórmulas de solución.”⁴⁷ Las partes son las que deciden acerca del acuerdo, de esta forma se rigoriza la propiedad, refiriéndose con esto, que las partes, como fueron las que llegaron al acuerdo por sí mismas, dan como consecuencia un alto grado de cumplimiento del mismo.
- En la conciliación una de las características del conciliador es que este propone soluciones que las partes en su momento pueden aceptar o rechazar. Debido a la deficiencia de la participación de las partes y a las propuestas de soluciones realizadas por el conciliador, se pierde la propiedad del acuerdo, resultando más difícil para las partes su cumplimiento.
- La diferencia más marcada se encuentra en la directriz; en la conciliación la directriz “...está orientada para la composición equitativa del conflicto, en conformidad con las pretensiones de las partes..” en la mediación la actividad del mediador “...está volcada para la realización del acuerdo, más en conformidad con directrices propias.”⁴⁸

12.2 DIFERENCIAS ENTRE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE

Las diferencias más destacadas respecto estos medios alternos son las siguientes:

⁴⁷ PEÑA GONZÁLES, Oscar.: Op. Cit. Pág. 132.

⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 133.

- En el arbitraje, el árbitro resuelve y en la mediación, las que llegan al acuerdo son las partes por sí mismas, ya que como se ha mencionado *supra* el mediador no sugiere ni opina, sólo acerca a las partes y mejora la comunicación entre ellas.
- En el arbitraje se resuelve en vía de un laudo que las partes están en deber de acatar, por lo tanto no es de libre aceptación como lo es el acuerdo al que llegan las partes a través de la mediación obteniendo un acuerdo amistoso.
- El laudo impuesto por el arbitraje en la mayoría de las ocasiones no satisface a las partes, ya que se obtiene un resultado gana-pierde similar a los medios ordinarios de impartición de justicia, en tanto que en la mediación se logra un acuerdo y como consecuencia de éste hay un resultado o resolución del conflicto gana-gana, es decir, ambas partes están de acuerdo y es mucho más viable que las mismas respeten lo acordado en futuras relaciones.
- En la mediación el tiempo utilizado es mucho menor que el empleado a través del arbitraje, ya que en éste se demora mucho más.
- De la misma manera que el punto anterior, en el proceso de mediación el costo económico es muy reducido en la mayoría de los casos, así como en el aspecto físico y psicológico, no siendo así en el arbitraje.
- En el arbitraje el nivel de comunicación se encuentra un tanto bloqueado o interrumpido, ya que no hay una relación directa entre las partes y continúa la tensión entre ellas ante la interrogante de quién obtendrá el laudo favorable, siendo en la mediación todo lo contrario en donde las partes están en constante y directa comunicación para poder llegar a un acuerdo, toda vez que en el arbitraje la relación entre las partes es antagónica, en tanto en la mediación la relación entre las partes es de cooperación.

13. BREVES ANTECEDENTES DE LA MEDIACIÓN

Este nuevo método alternativo no tiene una muy historia larga aquí como tal, ya que a lo largo del tiempo fue evolucionando y adquiriendo forma hasta llegar a

ser lo que hoy conocemos; numerosos estudiosos de este tema mencionan demasiados antecedentes tomando pasajes bíblicos y demás usos y costumbres de diversas culturas que no precisamente se refieren a la mediación como tal, si no que en la mayoría de las ocasiones es una combinación de los diversos medios alternos.

Lo trascendente de estos antecedentes muy mencionados es la confianza pública depositada en el fervor popular con motivo de resolver distintos conflictos y la propuesta encaminada a establecer dentro de la sociedad una cultura llamada por muchos cultura de la paz.

Los orígenes de la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos se remontan a la década de los setenta en Estados Unidos en donde nace como una nueva institución.

Fueron los resultados obtenidos los que le brindaron auge y éxito a este medio alterno que rápidamente fue desarrollándose y creciendo hasta que posteriormente fue incorporada al sistema legal norteamericano. En algunos estados como California se instituyó como una instancia obligatoria, es decir, que se debía de intentar la mediación para posteriormente poder acudir a las instancias judiciales competentes.

Como antecedentes de este medio alterno, diversos autores citan las soluciones obtenidas en el sector empresarial con motivo de dar fin a conflictos interdepartamentales. Es importante destacar que el modelo clásico o tradicional de Harvard nace en el campo empresarial, para solucionar los problemas dentro de las empresas.

Ante el reflejo de la efectividad de la mediación, con el paso del tiempo diversos países han ido adoptando la aplicación de este medio como lo fue a finales de las década de los setenta en Inglaterra, donde varios abogados independientes optaron por aplicar la mediación y en 1989 se estableció la primera compañía británica dedicada a la solución alternativa de conflictos. En Francia, la mediación parte de la figura del *ombudsman* como un tercero o

intermediario entre particulares y organismos oficiales. De la misma manera, en Argentina en 1992 se declaró de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método alternativo para el desarrollo de controversias.⁴⁹

Hoy en día la mediación va cobrando auge e importancia en nuestro país, al grado que ya se encuentra regulada dentro de los respectivos cuerpos normativos de diversas entidades federativas. Por otra parte, en las entidades en las que no se encuentra contemplado este medio alterno, no está descartada la inducción del mismo dentro de la legislación de cada una de ellas, ya que se encuentran en pláticas y en la creación y desarrollo de diversos estudios y propuestas para la adhesión o incorporación de la mediación dentro de las leyes como lo es en el caso de nuestro estado.

14. ESCUELAS O MODELOS DE MEDIACIÓN

Si bien los doctrinarios coinciden con los aspectos básicos del proceso de mediación, existen algunas diferencias en lo referente a los objetivos primarios y secundarios.

Dentro de las distintas escuelas o modelos sólo se mencionarán las tres más trascendentales y significativas con mayor impacto como lo son el modelo de Harvard, el modelo transformativo y el modelo circular narrativo.⁵⁰

14.1 MODELO TRADICIONAL – LINEAL (HARVARD)

El objetivo principal de este modelo es que las partes pueden concretar una negociación colaborativa gracias a la asistencia de un tercero, proponiendo que las partes traten de trabajar para resolver el conflicto de manera

⁴⁹ SUÁRES, Marínés.: “Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas”, Ed. Piados, 3ª reimpresión, Argentina, 2002. Págs. 47-50.

⁵⁰ www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/a-11.html. , 07 de febrero de 2005, 09:09:20 p.m.

colaborativa. Se trata de un proceso por medio del cual el mediador trata de facilitar la comunicación e interacción entre las partes con la finalidad de disminuir sus diferencias.

Cabe destacar que en este modelo no se otorga demasiada importancia al contexto en el que se desenvuelven las relaciones, incluso ponen especial énfasis en el futuro y tratan de no recordar el pasado, por lo que, sólo rescatan del pasado lo imprescindible y no toman en cuenta el aspecto relacional.

Este tipo de modelo es empleado en abundancia en los conflictos generados en los ámbitos comerciales y empresariales, “...este modelo se centra en el acuerdo y esta orientado a la satisfacción de los intereses.”⁵¹ el tercero puede ayudar para que cada parte perciba, sin exteriorizar o comprometer su propio punto de vista, las intenciones positivas de su oponente.

Con la finalidad de una mejor comprensión se describirán a manera breve y en resumen las características, metodología y fines de este modelo.

14.1.1 CARACTERÍSTICAS DEL MODELO TRADICIONAL – LINEAL (HARVARD)

- No se concede demasiada importancia a la causa del conflicto.
- No se considera un factor determinante del conflicto el contexto donde se produce.
- Se intenta eliminar las percepciones erróneas del pasado para potenciar el diálogo y, por tanto, el acuerdo final.
- No se tiene en cuenta el factor relacional de las personas.
- No se trabaja la relación entre las partes, por lo que no producen un cambio significativo en las mismas.
- Se centra en el acuerdo.

⁵¹ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe.: Op. Cit. Pág. 93.

- Se centra en el contenido de la comunicación y no en el modo de la misma.

14.1.2 METODOLOGÍA DEL MODELO TRADICIONAL – LINEAL (HARVARD)

- Función del mediador: facilitador de la comunicación.
- Se potencia la libre expresión de las partes en el comienzo del proceso, para que las emociones no impidan posteriormente el buen avance del proceso.
- Se considera como esencial la neutralidad del mediador, que debe lograr a través de la imparcialidad y la equidistancia en relación a las partes.
- El mediador procurará establecer el orden durante el proceso para conseguir con esto, que las partes generen soluciones y como punto final, el acuerdo.

14.1.3 FINES DEL MODELO TRADICIONAL – LINEAL (HARVARD)

- Los fines intermedios son disminuir las diferencias que haya entre las partes y aumentar las semejanzas y los intereses.
- Como fin último es la obtención del acuerdo.⁵²

14.2 MODELO TRANSFORMATIVO

La finalidad esencial de este modelo es a diferencia del modelo de Harvard modificar la relación entre las partes; se centra en las relaciones interpersonales, por lo que no se pone mucha atención en la obtención del acuerdo, aunque por supuesto es el objetivo del proceso de mediación, pero éste se dará como consecuencia de esa nueva situación. “El convenio sólo se

⁵² GARCÍA VILLALUENGA, Leticia.: Apuntes “Mediación como proceso de gestión de conflictos familiares y de interculturalidad”, Escuela Complutense de Verano, Universidad Complutense de Madrid, julio 2002.

logrará en la medida que los participantes encuentren una nueva mirada del otro y de sí mismos.”⁵³

Como lo menciona Ma. Guadalupe Márquez Algara el modelo transformativo se enfoca a lograr que se fomenten en las relaciones humanas el crecimiento moral, promoviendo la revalorización y el reconocimiento de cada persona.⁵⁴

14.2.1 CARACTERÍSTICAS DEL MODELO TRANSFORMATIVO

- Concede importancia esencial a la forma de comunicarse.
- Se centra en el aspecto relacional (mejora o repara las relaciones de las partes y con ello posteriormente se llega al acuerdo).
- La partes crecen de manera personal derivado del deuteroprendizaje.

14.2.2 METODOLOGÍA DEL MODELO TRANSFORMATIVO

- Potenciación del protagonismo de las partes en su relación y en el conflicto.
- Potenciación del reconocimiento del otro como parte del conflicto.
- Reconocimiento del co-protagonismo.

14.2.3 FINES DEL MODELO TRANSFORMATIVO

- El fin último es modificar la relación entre las partes (transformación relacional) y aunado a ello el acuerdo como consecuencia de la mejora en la relación, en caso de no obtenerse el acuerdo, no sería trascendental, ya que como se ha mencionado en repetidas ocasiones,

⁵³ www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/a-11.html , 07 de febrero de 2005, 09:09:20 p.m.

⁵⁴ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe.: Op. Cit. Pág. 93.

lo importante para este modelo son las propias personas y sus relaciones.⁵⁵

14.3 MODELO DE SARA COBB

Dentro de este modelo el conflicto se detecta como una presencia interna y casi continua en cada persona. Parte del supuesto de que el ser humano vive en una permanente pulsión entre el deseo y el deber. Es por lo anterior que diferencian entre conflicto y disputa; se refieren a disputa cuando el conflicto generado se les va de las manos a las personas porque este se hace público e inmanejable.

Dicha conceptualización lleva a esta escuela a definir la mediación como una institución que "...permite a las partes encontrar una forma de encarar y conducir sus disputas, más que resolver el conflicto concreto, que en determinadas circunstancias no es posible."⁵⁶

La manera en la que el mediador participa es aumentando las diferencias entre las partes y legitimando a cada una de ellas, con el objeto de cambiar la historia que las mismas construyeron desde el primer momento en que comenzó el proceso de mediación, esto se logra con la revalorización que vayan creando las partes con ayuda del tercero.

Para una mejor comprensión se introducirá a continuación las características, metodología y los fines de este modelo, tal y como se ha venido haciendo con los anteriores.

⁵⁵ GARCÍA VILLALUENGA, Leticia.: Apuntes "Mediación como proceso de gestión de conflictos familiares y de interculturalidad", Escuela Complutense de Verano, Universidad Complutense de Madrid, julio 2002.

⁵⁶ www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/a-11.html , 07 de febrero de 2005, 09:09:20 p.m.

14.3.1 CARACTERÍSTICAS DEL MODELO DE SARA COBB

- Se basa en la comunicación circular cuyos elementos son la comunicación digital (lo verbal) y la comunicación analógica (lo no verbal).
- También se basa en la causalidad circular que se refiere a que no existe una única causa que propicie un resultado (el conflicto).

14.3.2 METODOLOGÍA DEL MODELO DE SARA COBB

- Aumentar las diferencias y permitir que se manifiesten.
- Se pretende desordenar la situación (el conflicto) a como la plantearon las partes para flexibilizar el sistema.
- Legitimar a las personas, otorgarles el protagonismo y el lugar legítimo dentro de la situación.
- Construcción de una historia alternativa , la que permita ver el problema desde otro ángulo u otra perspectiva.

14.3.3 FINES DEL MODELO DE SARA COBB

- Sus fines intermedios son cambiar el significado de las historias para las partes y lograr un acuerdo.
- El fin último es transformar la relación entre las partes.

15. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA MEDIACIÓN

Es importante hacer mención que no hay una homogeneidad en cuanto a los principios que rigen a la mediación, ya que algunos autores tienden a mezclar estos principios con las características de la misma o en algunas ocasiones con las características particulares del mediador.

Dentro de los principios básicos de la mediación abordaremos los comúnmente aceptados, como lo son el principio de voluntariedad, flexibilidad y confidencialidad.

15.1 PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD

En lo que respecta al principio de voluntariedad, se refiere a que el mediador debe recordarles a las partes que su intervención en el proceso de mediación es voluntaria y que una vez iniciado el procedimiento no es posible obligar a las partes a permanecer en él, pueden retirarse o desistirse de la misma cuando así lo estimen conveniente, es decir, pueden optar por no continuar, ya que son las partes quienes se involucraron en el proceso libremente y son los que tienen el poder de decisión.

De la misma manera, es el mediador quien en algunos casos después de haber estudiado y trabajado por algún tiempo en el proceso de mediación, al no ver resultados puede dar por terminada la misma; esto suele darse cuando no hay avance, cuando hay rigidez extrema en cuanto a las posiciones de las partes intervinientes y cuando es notable la mala colaboración de las mismas en el proceso, salvo en el caso en el que las partes deseen continuar con el procedimiento.

Este mismo principio dentro de nuestro particular punto de vista no cabe cuando lo analizamos desde otra perspectiva, como lo es en las legislaciones de otros países como Argentina (por mencionar alguno), en donde podemos encontrar algunos casos en los que la mediación es obligatoria, es decir previa a toda instancia judicial, esto puede ser por ley o por decisión de algún juzgador que se encuentre conociendo de algún asunto y que considere pertinente enviar a las partes a mediación por considerar a ésta como el medio más idóneo para finiquitar un litigio.

15.2 PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD

El principio de flexibilidad se refiere a que las partes deben mostrarse abiertos a la negociación en la mediación; deben de ceder en cuanto a sus intereses con la finalidad de obtener un acuerdo justo y por otra parte se refiere a que las partes intervinientes dentro del proceso de mediación (el mediador y las partes) no se sujetarán dentro del mismo proceso a formalismos o solemnidades como lo es característico de todos los litigantes al poner en movimiento al órgano jurisdiccional a través de la solicitud de la tutela jurídica estatal, en donde en las leyes que regulan el procedimiento o leyes adjetivas, contemplan tanto términos como etapas procesales previamente establecidas, mismas que se deben de seguir y respetar por los litigantes.

En cambio, la mediación se caracteriza por ser un medio alternativo relativamente informal en el que a pesar de tener un procedimiento, éste es meramente dedicado para el aprendizaje de los mediadores con fines didácticos, sin embargo no es necesario ni debe de seguirse al pie de la letra, ya que cada proceso de mediación es único y diferente puesto que depende de muy diversos aspectos como lo son las personas, los grupos y las circunstancias⁵⁷, ya que en algunos asuntos el avance puede ser mucho más rápido que en otros y a su vez se puede retroceder para afirmar ciertas circunstancias que se consideren convenientes. Como lo menciona José Saramago, “hasta cuando dejaremos de tomarle mayor importancia a la forma por sobre el fondo”, de tal manera que existe una libertad para fijar el procedimiento del cual el hecho de que halla una mayor o menor formalidad dependerá en definitiva de las partes.

15.3 PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD

La confidencialidad es de exorbitante importancia para el proceso de mediación, debido a que sin ella sería muy complejo tanto para el mediador como para las partes el poder adentrarse en los intereses individuales subyacentes que tiene cada una de las partes con respecto al conflicto, esto

⁵⁷ SIX, Jean Francois.: “Dinámica de la mediación”, Ed. Piados, 1ª ed, España, 1997, Pág. 156.

con la finalidad de una fácil y ágil búsqueda de posibles soluciones hasta llegar a la que complazca a las partes.⁵⁸

El principio de confidencialidad, apunta que las partes involucradas dentro del proceso deben poder comunicarse con libertad, de la misma manera deben de realizar un convenio por escrito para no revelar ni divulgar todo aquello que se confió en la mediación; se ha de pactar que el mediador no podrá fungir como testigo en cualquier tipo de proceso, lo anterior con la finalidad de que los mediados puedan trabajar con confianza y se puedan expresar libremente sin miedo a que posteriormente le cause perjuicio en algún otro procedimiento en el caso de llegar a un acuerdo por medio de la mediación y tomando en cuenta que para que haya una buena mediación debe de haber una participación activa de las partes.⁵⁹

La confidencialidad puede ser analizada desde diversos aspectos como lo son: frente a terceros, frente a la contraparte y frente al mediador.⁶⁰

La confidencialidad frente a terceros, refiere a que el mediador no podrá compartir ningún tipo de información para con cualquier persona ajena al proceso de mediación o ajena al conflicto. Con la finalidad de asegurar la confidencialidad, usualmente se acostumbra suscribir un convenio que trae como consecuencia que el mediador no podrá revelar ninguna información que haya conocido dentro del proceso de mediación y de la misma manera tampoco podrá ser citado a declarar sobre ello ante algún órgano jurisdiccional.

La confidencialidad frente a la contraparte se da en las sesiones llamadas *caucus* o sesiones privadas en las que el mediador mantiene sesiones individuales con cada parte, como consecuencia el mediador no puede revelar a la contraparte la información manejada durante el *caucus* a menos que sea autorizado expresamente. Lo anterior da oportunidad a las partes para poder explicar detalladamente hechos que por alguna circunstancia no desean que

⁵⁸ DUPUIS, Juan Carlos G.: “Mediación y Conciliación”, Ed. Abeledo – Perrot, s/ed., Argentina, 1997, Pág. 49.

⁵⁹ PACHECO PULIDO, Guillermo op. cit.,pág. 17

⁶⁰ DUPUIS, Juan Carlos G.: Op. Cit. Pág. 50.

sean del conocimiento de la parte contraria o que conociéndolos no los quieren admitir frente a ella, ya que en el caso de reconocimiento de los hechos podría generar o aparentar un debilitamiento frente a la posición que sustenta y como última consecuencia un desequilibrio.

De la misma manera podemos encontrar la confidencialidad frente al mediador; se refiere más que nada a que un mediador que haya intervenido en la gestión de algún conflicto, por razones de ética no puede intervenir como juzgador en un futuro respecto de la misma relación o negocio que le fue presentado con anterioridad dentro del proceso de mediación, esto con la finalidad de impedir a cualquier mediador una posible violación del secreto o la confidencialidad.

16. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA MEDIACIÓN

Dentro de este medio alternativo de resolución de conflictos, son muchas más las ventajas que encontramos que las desventajas.

En lo que respecta a las ventajas, una de las más importantes es la de reafirmar a los participantes que acuden a la mediación, la capacidad que pueden adoptar para poder resolver toda índole de conflictos futuros que se les presenten a través

del diálogo, de una buena comunicación y por lo tanto, de una negociación, fomentando con ello la cultura de la paz entre la sociedad; esto se va a dar como consecuencia de la resolución de algún negocio, justamente lo que se conoce como deuteroprendizaje, ya que como la mediación es un medio nuevo o poco conocido en nuestro país, es necesario tratar de divulgarlos poco a poco entre la sociedad, que al ir teniendo buenas intervenciones, resultados y experiencias se va a ir encargando de hacer, la mejor publicidad a los mismos.

Siguiendo en el mismo orden de ideas es posible afirmar que el procedimiento de mediación es mucho menos costoso que el procedimiento judicial y propicia un ahorro para los particulares en lo que respecta a los patrocinios de determinados negocios y para el mismo estado por medio del poder judicial ya

que se desahoga la carga de trabajo y de la misma manera se obtienen soluciones más rápidas y ágiles que a través de la sustanciación de un litigio o procedimiento judicial formal substanciado ante los órganos jurisdiccionales competentes.

Una de las ventajas más destacables de la mediación es la confidencialidad que ésta otorga a los participantes, por ejemplo, en los problemas familiares, ya que en algunas ocasiones es penosa la publicidad que se le pueda dar a los mismos.

Se pueden seguir encontrando una variedad de ventajas con el simple hecho de observar los principios de la mediación explicados con antelación como es la informalidad del proceso lo que genera una innovación y creatividad de las partes para poder resolver sus problemas, de la misma manera propicia una participación y busca mejorar la relación entre las partes involucradas.

Las ventajas de la mediación pueden ser sintetizadas a las siguientes:

- Alivio de carga a los tribunales.
- Ahorra tiempo para lograr la conducción del conflicto.
- Induce al ahorro de dinero.
- Aumenta la creatividad.
- Aumenta el protagonismo y responsabilidad de las partes.
- Asegura la duración de acuerdos.
- Fomenta el deuteroprendizaje (capacidad para solucionar conflictos futuros).⁶¹

Realmente las desventajas que se pueden encontrar dentro de la mediación son las que algunos estudiosos del tema coinciden y destacan, como lo son en algunas ocasiones en donde se obtienen acuerdos desventajosos o con menores expectativas de las que deseaban las partes. Por otra parte, puede

⁶¹ GARCÍA VILLALUENGA, Leticia.: Apuntes “Mediación como proceso de gestión de conflictos familiares y de interculturalidad”, Escuela Complutense de Verano, Universidad Complutense de Madrid, julio 2002.

darse el caso en el que algún mediador no sea abogado de profesión y cometa el error de dejar que las partes negocien derechos que son irrenunciables o inalienables. En el mismo sentido, no se debe perder de vista que el mediador es ser humano y en algunas ocasiones sin darse cuenta puede tener alguna desviación para con alguna de las partes, por lo que puede perder la neutralidad, la imparcialidad y a la vez puede confundirse entre lo que es un problema mediable a lo que es una terapia.⁶²

17. EL PROCESO DE MEDIACIÓN

El proceso de mediación se desarrolla con sesiones conjuntas o privadas, éstas últimas se conocen como *caucus*, y que tienen la finalidad de que en un principio el mediador tenga la oportunidad de conocer la información necesaria para poder comprender los intereses de cada una de las partes y posteriormente para poder ayudarlas a encontrar una solución.

Como se ha venido mencionando a lo largo de la presente investigación, la mediación es un procedimiento informal, por lo tanto no existe ninguna forma o receta para poder llegar a un acuerdo, ya que aunque existan procedimientos para llevar a cabo una mediación, la finalidad de éstos solamente es para dar una idea con fines meramente didácticos y no con la finalidad de que se siga rigurosamente pues la mayoría de los conflictos son distintos, por lo tanto no se puede seguir una fórmula básica. Es por eso que no existe una igualdad en cuanto al número de sesiones que deben de realizarse con la finalidad de dar solución a un conflicto, toda vez que depende del número de problemas que planteen las partes o que quieran resolver y la complejidad de los mismos.

Durante el procedimiento, las partes pueden consultar con su asesor- como lo es más frecuente en el ámbito empresarial- en donde existen apoderados o representantes legales que atienden los conflictos. Lo anterior se presenta más que nada en el momento en que las partes llegan a un acuerdo de cualquier

⁶² *Ibíd.*

clase puede estribar sobre algún punto en específico o bien ser el acuerdo final; aquí es donde las partes en base al proyecto de ese acuerdo pueden solicitar asesoría jurídica para corroborar que dicho acuerdo no afecta sus intereses y que se encuentra dentro del marco de la legalidad, que no contraviene y respeta las normas de derecho en todos los ámbitos.

18. ETAPAS DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

Tal y como coinciden numerosas obras dedicadas al proceso de mediación, mencionaremos las etapas que marcan la pauta a los mediadores dentro del proceso, dejando claro que no se deben de seguir rigurosamente, ya que como afirma Juan Carlos G. Dupuis, un mediador hábil y dinámico sabrá advertir acerca de ajustes que puede realizar durante la marcha del procedimiento con la finalidad de lograr un acercamiento de las partes y aunado a esto la obtención de un buen acuerdo.⁶³

1. Premediación. Recopilación de generales, invitación al proceso y valoración del caso.
2. Sesión inicial. Discurso de apertura, presentación del mediador y las partes, explicación de los objetivos de la mediación, explicación de la función del mediador, de las reglas a seguir dentro del proceso y de las pautas del trabajo.
3. Relato de antecedentes de las partes. Información de antecedentes y fijación de posiciones, recopilación de antecedentes, preguntas y paráfrasis.
4. Generación de alternativas de solución. Reformulación, escucha activa.
5. Búsqueda de solución. Sesiones conjuntas, sesiones privadas.
6. Solución final del problema. Solución conjunta final, acuerdo, desacuerdo.

⁶³ DUPUIS, Juan Carlos G.: Op. Cit. Pág. 55.

18.1 PREMEDIACIÓN

La premediación es la que comprende todas y cada una de las actividades que se van a realizar antes del encuentro de mediación⁶⁴, es el primer contacto que tiene el solicitante interesado con el centro de mediación (cualquiera que sea su denominación o nombre), en donde se les recibe y se les cuestiona acerca de sus generales con la finalidad de recabarlos para posteriormente realizar una invitación formal al proceso de mediación.

De la misma manera en esta etapa se valorará y se asignará a un mediador para que trabaje con las partes que realizaron la rogatoria, esto según la materia o tipo de caso planteado.

18.2 SESIÓN INICIAL

a. Discurso de apertura.

Es una de las etapas de mayor importancia y trascendencia ya que en ésta es donde el mediador se presenta con las partes, dicho de otra manera, es donde empieza el contacto y es donde nace la confianza y la cooperación de las partes.

b. Explicación de objetivos de la mediación y pautas de trabajo.

Dentro de esta etapa el mediador deberá de abocarse más que nada a la explicación en lo que respecta a los principios de la mediación y del mediador. Comenzando por explicar lo que es un mediador, un tercero neutral y comentándoles que para cumplir con esa característica, se deberá de excusar de conocer de algún asunto en el caso en que pueda ser influenciado por

⁶⁴ URQUIDI, J. Enrique.: Op. Cit. Pág. 71.

alguna de las partes, como lo puede ser en el caso de que tenga parentesco, amistad o algún tipo de relación para con alguna de las partes, que le pueda impedir desenvolverse libremente dentro del marco de la neutralidad, tal y como lo observamos con los juzgadores respecto de los procedimientos ordinarios en las distintas instancias judiciales.

De la misma manera es imperativo que el mediador haga énfasis en lo que respecta a que no podrá asesorar ni dar su punto de vista respecto del negocio planteado para con alguna de las partes que se lo pudiese solicitar.

La confidencialidad también será abordada por el mediador, en donde se les menciona a las partes (como lo mencionado en los principios de la mediación) que éste no podrá utilizar ni comentar lo revelado por las partes dentro del procedimiento y que no se puede solicitar el apersonamiento del mediador con el objeto de testificar dentro de algún proceso que tenga relación con el negocio planteado en la mediación.

Para poner fin a este punto, usualmente se acostumbra la elaboración de un convenio de confidencialidad signado por las partes.

Por lo que toca al carácter voluntario de la mediación, La partes asisten por su propia convicción y que ellas son titulares del derecho de decidir en lo que respecta a la terminación del mismo en el momento en el que así lo consideren oportuno. De la misma manera el mediador les hace de su conocimiento que en un determinado caso él podrá dar por concluida la mediación ante la imposibilidad en la obtención de un acuerdo.

A efecto de un buen control y con la finalidad de desarrollar o propiciar un buen ambiente de trabajo durante el proceso, el mediador explicará las reglas que se deben de seguir y respetar durante el mismo proceso como el respeto mutuo, y la prohibición de agresiones, violencia verbal o física.

Deberá de anticipar a las partes la modalidad que se tomará dentro del procedimiento, informándoles sobre la utilización de sesiones conjuntas así

como privadas (caucus). Y por último es necesario preguntar a las partes si tienen alguna duda con respecto de lo explicado.⁶⁵

18.3 RELATO DE ANTECEDENTES DE LAS PARTES

a. Información de antecedentes y fijación de posiciones.

Especialmente esta etapa es utilizada con la finalidad de recabar la información correspondiente sobre la percepción del conflicto, los intereses y las posiciones de cada parte y los objetivos, lo anterior con motivo de que el mediador tenga conocimiento y pueda ir comenzando a realizar un plan de trabajo. Aquí se puede observar una mayor relación de las partes con el mediador, toda vez que en la sesión inicial quedaron explicadas las bases del proceso, es por eso que se puede decir que es desde este punto donde comienza de manera más formal el proceso de mediación, ya que se empieza a hablar acerca de los antecedentes del conflicto y hay más interacción entre las partes.

Para llevar a cabo la recopilación de antecedentes existen discrepancias acerca de si estos los debe de obtener el mediador de manera conjunta o si los debe de obtener por medio de *caucus* o sesión privada.

Christopher Moore⁶⁶ afirma que por medio del *caucus*, en lo que respecta a la primera reunión formal del procedimiento, el mediador crea más confianza con las partes y le permite entenderlas, lo que él llama *rapport*, que sería mucho más complejo de obtener a través de una reunión conjunta.

Por el contrario Juan Carlos G. Dupuis⁶⁷, destaca la sesión conjunta porque ésta permite al mediador observar el tipo de relación entre las partes y aleja toda desconfianza que pudiera surgir por alguna de ellas como consecuencia de una posible alianza en las sesiones privadas del mediador con una de las

⁶⁵ DUPUIS, Juan Carlos G.: Op. Cit. Pág. 57.

⁶⁶ MOORE, Christopher.: Op. Cit. Pág. 149.

⁶⁷ DUPUIS, Juan Carlos G.: Op. Cit. Pág. 58.

partes implicadas, menciona que por medio de ésta también se favorece la neutralidad y la imparcialidad, impidiendo que el mediador por medio de una sesión privada se incline o tome partido con alguna de las partes,

En el caso de que se haya optado por una sesión conjunta, el mediador le dará la palabra a las partes para que éstas comiencen a realizar un historial del conflicto y tomen sus respectivas posiciones como se ha comentado.

En el momento de la recopilación de antecedentes y fijación de posiciones, no siempre es sencillo el obtenerlos, ya que en algunas ocasiones, las partes demuestran cierta timidez o por alguna u otra circunstancia es evidente que no proporcionan la información con certeza y fluidez, como lo es propio en alguien que demuestra seguridad, para esto Christopher Moore menciona que es necesario que el mediador motive a las partes, así como algunas de las estrategias de las que puede echar mano el mediador a efecto de obtener información como:

- explicar la importancia y el valor de los datos para el proceso de mediación, de modo que el litigante sienta que puede realizar una contribución auténtica orientada hacia un cambio positivo;
- apelar a la necesidad de escuchar todas las opiniones, especialmente la del entrevistado;
- explicar los beneficios de la participación;
- responder a preguntas que pueden disminuir la resistencia a la participación;
- demostrar un interés personal participativo en las inquietudes, los problemas o los puntos de vista del litigante.⁶⁸

En lo tocante al orden en que comenzarán a hablar las partes, Juan Carlos G. Dupuis, menciona que no existe una regla fija que mencione cuál de éstas es la

⁶⁸ MOORE, Christopher.: Op. Cit. Pág. 150.

que debe de comenzar, sin embargo analiza varios aspectos, como lo es el de otorgarle la palabra a la parte reclamante,⁶⁹ que es quién se apersonó ante el centro o la oficina del mediador solicitando por medio de la rogación, la mediación antes de acudir a otras instancias legales, menciona que éste podrá establecer en concreto su reclamo, circunstancia que puede facilitar las negociaciones futuras;

Sin embargo, nada impedirá al mediador comenzar por la parte que no es reclamante, razón por la que, el mediador debe de estar atento ante la actitud que presten las partes, observar si existe premura o preocupación en una de ellas por comenzar con su participación y a la vez la actitud la otra que se puede mostrar un tanto despreocupada o desinteresada. Todas estas circunstancias deberán tenerse en cuenta para llevar un adecuado manejo de esta etapa.

En mi particular opinión, no es de una necesidad primaria el orden en el que comiencen a hablar las partes, lo importante es no perder detalle alguno de la información así como la relación entre los litigantes y el nivel de implicación que tenga cada uno de ellos frente al conflicto, ya que en muchos de los casos se puede observar que las mismas partes son las que se dan la oportunidad de comenzar después de que el mediador les pregunte quién quiere comenzar.

Durante la exposición de las partes el mediador debe de dejar que éstas expliquen desde su perspectiva el conflicto, para que por medio de ésta información el mediador identifique los reclamos y las pretensiones a que haya lugar.

En el caso en el que alguna de las partes se comience a desviar en la explicación, es ahí donde el mediador debe de intervenir haciendo preguntas para retomar el tema; esto sirve de ayuda para que éste retome el camino original de su exposición, se exprese de la mejor manera y se logre una ampliación de la información, sin dejar de estar atento a los afectos expresados con la finalidad de

⁶⁹ DUPUIS, Juan Carlos G.: Op. Cit. Pág. 59.

poder distinguir entre sentimientos y emociones que puedan tener relación con el problema que están presentando, así como aquellos que son generados por malos entendidos o agresiones.

b. Recopilación de antecedentes.

El propósito dentro de esta etapa es propiciar un espacio para identificar el problema.⁷⁰

Según Juan Carlos Dupuis, es importante destacar que la información de los antecedentes proviene de distintas fuentes.⁷¹

Una puede ser directa del relato de las partes que es la más representativa, la que nutre y llena de información necesaria al mediador para desentrañar lo ajeno a las causas del conflicto; es obvio que este tipo de información puede obtenerse como consecuencia de las reuniones conjuntas o del *caucus*.

El comportamiento de las partes es otra fuente de donde se puede captar información de otra manera, ya que el mediador analizará también el lenguaje no escrito como lo son las reacciones, emociones, gestos y pautas que realicen las partes durante sus diversas exposiciones y muchas veces es más representativo que el lenguaje o comunicación oral.

c. Preguntas y parafraseo.

Las preguntas pueden ser utilizadas por el mediador durante las exposiciones de las partes o una vez que hayan concluido con las mismas, con la finalidad

⁷⁰ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe.: Op. Cit. Pág. 113.

⁷¹ DUPUIS, Juan Carlos G.: Op. Cit. Pág. 60.

de complementar información que el mediador considere trascendental y que por alguna situación haya quedado incompleta o a medias.

En algunas ocasiones es necesario dejar que las partes exterioricen todo lo que les inquieta aunque no sea realmente trascendental y una vez terminada la exposición, es cuando el mediador puede realizar preguntas para reafirmar lo más trascendental emitido por las partes durante la exposición. Por otra parte en otras ocasiones es más común la intervención de los mediadores en el caso en que las partes sean poco comunicativas y tiendan a terminar pronto o guardar silencio, es decir, poco explícitas.

En lo que respecta al parafraseo es la repetición del contenido que realiza el mediador de los hechos expresados por las partes, con esto se busca dejar en claro lo expresado y se busca la conformidad de las mismas o en su caso la rectificación de lo que deseaban expresar para evitar malos entendidos. En síntesis, lo que trata de realizar el mediador por medio del parafraseo es traducir a un lenguaje más objetivo los puntos considerados de mayor importancia y trascendencia.⁷²

18.4 GENERACIÓN DE OPCIONES

a. Reformulación

Como se ha señalado en el punto anterior, una de las más importantes funciones que ayudan al mediador es la paráfrasis con la finalidad de darle un sentido meramente objetivo al conflicto, es para que el mediador provoque la creación de un ambiente por medio del cual las partes mismas objetivicen el conflicto, aprendan a diferenciar y separar a las personas de los conflictos.

Cabe destacar que el parafraseo no es todo, el mediador debe de estar capacitado para poder distinguir los intereses, las posiciones y las necesidades

⁷² *Ibíd.* Págs. 62-63.

de las partes, (tal y como se mencionó en el capítulo en el que se trató al conflicto), con la finalidad de hacer un replanteamiento o reencuadre y poder trabajar ahora sobre los intereses y las necesidades, dejando a un lado las posiciones.

b. Escucha activa.

Según Christopher Moore,⁷³ por medio de la escucha activa como técnica de la mediación, el mediador puede descifrar el mensaje verbal, trata de percibir el conjunto de emociones que llevan consigo las partes y después formula su contenido emocional. Facilita a los mediadores en la identificación y diagnóstico de las emociones.

Los resultados de una escucha activa ayudan a:

- 1) asegurar que el hablante fue tenido en cuenta;
- 2) permitir que el hablante y el oyente verifiquen que se ha percibido el significado exacto del mensaje;
- 3) demostrar la aceptabilidad de la expresión de las emociones;
- 4) permitir que el hablante explore y aclare sus propios sentimientos acerca de un tema, y la razón de su propia reacción;
- 5) es posible que también cumpla la función fisiológica de alentar el suavizamiento de la tensión a través de la expresión de los sentimientos.

La escucha activa es muy importante dentro del proceso del mediador, ya que como se mencionó, a través de ésta, no sólo se va a identificar el mensaje sino que se va a ver o descifrar de una manera más amplia en qué momento las partes durante su exposición al mencionar algo, no sólo hay que tomar en cuenta lo emocional sino que aunado a ello es probable encontrar algo emocional o un desagrado.

⁷³ MOORE, Christopher. Op. Cit. Pág. 211.

18.5 BÚSQUEDA DE LA SOLUCIÓN

a. Propuestas en la sesión conjunta.

Tiene como principal objetivo el fomento del diálogo directo entre las partes, es decir una actitud cooperativa entre éstas para la obtención de soluciones. No hay que olvidar que para obtener posibles soluciones es necesario que cada parte pueda comprender los intereses y las necesidades de su contraparte.

Una vez que se generó el diálogo directo, que las partes se identificaron sus necesidades e intereses y que hay una generación de confianza positiva para el procedimiento de resolución del conflicto, se debe de tratar de identificar los puntos del conflicto mismo, con lo que van a empezar a surgir propuestas de solución y posiblemente con la identificación del conflicto la solución que pondrá fin al procedimiento.

Por otra parte, puede suceder el hecho en que las partes no puedan llegar a un acuerdo ante la dificultad de tratar de identificar las posiciones y los intereses. De esta manera no se logrará un acuerdo y deberá de darse por terminada la mediación, pero el procedimiento servirá para reforzar, tranquilizar y dotar de confianza a las partes en sus relaciones directas como personas.

b. Propuestas en las sesiones privadas.

Éstas pueden ser sugeridas por el mediador en los casos en que vea que las partes no avanzan y se quedan estancadas en los puntos expuestos en su sesión inicial.

Una vez que se invita a las partes a las sesiones privadas o *caucus*, ellas reaccionan de una manera más positiva desahogando todos sus sentimientos y

proporcionando información necesaria para el mediador, ya que se sienten en confianza y no tienen la presión de comentar todo con respecto al problema, todo lo contrario a lo que sucedía en una sesión conjunta enfrente de su contrario. Dentro de este punto cabe destacar que el mediador debe de preguntarles a las partes qué cosas serán confidenciales y qué cosas puede compartir con la otra parte a efecto de lograr un acuerdo.

18.6 SOLUCIÓN FINAL AL PROBLEMA

a. Sesión conjunta final.

En esta sesión el mediador deberá de clarificar el problema y reencuadrar el conflicto a las necesidades de cada parte. Para poder llegar a ello el mediador podrá utilizar como herramienta una serie de preguntas:

- Preguntas abiertas. Permiten un amplia gama de respuestas y que el entrevistado se pueda explayar sin sentir presión o compromiso alguno y que compartan su percepción de la realidad con el mediador.
- Preguntas cerradas. Son aquellas por lo que mediador solicita respuestas más específicas, exigen un si o un no.
- Preguntas dirigidas. Son aquellas que van formuladas hacia una de las partes.
- Preguntas no dirigidas. Pueden realizarse para ambas partes, cualquiera de ellas puede responder.
- Preguntas orientadas al futuro. Ayuda a las partes a pensar en el futuro y dejar a un lado el pasado.⁷⁴

En este caso es recomendable el uso de preguntas abiertas por medio de las que no se busca un sí o un no como respuesta, si no que se busca la ampliación y corrección de información expresada por las partes. Una vez identificadas las necesidades, se comienza a tomar todas las ideas de las

⁷⁴Ibíd. Pág. 158.

partes, hasta encontrar la que las deje más satisfechas después de haber analizado sus ventajas e inconvenientes y ello trae como consecuencia la redacción del acuerdo.”El proceso de mediación se ve coronado por el éxito, cuando se llega al acuerdo... de la claridad del acuerdo dependerá mucho su cumplimiento.”⁷⁵

Sin embargo se debe de mencionar que no en todos los conflictos se van a encontrar soluciones, en algunas pueden ser soluciones parciales, mismas que se establecen en la redacción del acuerdo y en algunas otras pueden ser nulas. En éstas últimas el mediador debe de sugerir a las partes algún otro medio alternativo de resolución de conflictos el que crea más eficaz a fin de que pueda ayudar a las partes.

19. EL ACUERDO

Los acuerdos como se ha visto dentro del presente apartado, son la consecuencia del sometimiento de las partes a un medio alternativo, en este caso a la mediación, siendo pues el fiel reflejo de la voluntad de las partes intervinientes en dicho proceso. Los acuerdos obtenidos dependen de las partes,⁷⁶ ya que son ellas quienes deciden el contenido y quienes deberán de respetar y cumplir lo acordado dentro del mismo, atendiendo al principio *res inter alios acta* mencionado supra.

También es necesario que se tome en cuenta que independientemente de la voluntad de las partes, hay que observar con ayuda de un abogado, en el caso en que el mediador no lo sea, que el acuerdo se apegue a derecho, es decir, que dentro del cuerpo del texto del mismo se respete lo previamente establecido por las normas legales que integran nuestro marco jurídico, es decir, que lo pactado dentro de un acuerdo no contravenga disposiciones de

⁷⁵ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe.: Op. Cit. Pág. 114.

⁷⁶ LERNER, Martín, et al.: “Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso”, Ed. del Puerto, s/ed., Argentina, 1997, Pág. 95.

orden público y que se respeten los derechos que por su misma naturaleza son personalísimos, irrenunciables, inalienables e imprescriptibles.

De la misma manera es necesario saber que los acuerdos negociados no se convierten de manera automática en contratos legalmente obligatorios, esto depende de las leyes y de la jurisdicción legal en que se los promulga.

Christopher Moore señala que los documentos escritos destinados a convertirse en contratos deben contener algunos requisitos mínimos como lo son:

- El nombre o clase de contrato;
- Las partes que intervienen en la celebración del mismo;
- La fecha y el lugar donde se celebra;
- Las reseñas que detallan la relación entre los contratantes y la función del contrato;
- La cláusula provisoria que describe los intercambios que efectuarán las partes;
- El cierre y las firmas.⁷⁷

Durante el proceso de redacción del acuerdo, no debe de dejarse de tomar en cuenta la claridad con la que se redacte el clausulado que integra el cuerpo del mismo, ya que no debe de dejar lugar a errores de interpretación por parte de los autores del acuerdo, que son las partes. Otra característica importante en lo relacionado a la elaboración del acuerdo es la especificidad que también es importante ya que con ella se logrará evitar futuros conflictos posteriores y se procurará el cabal cumplimiento y respeto del mismo.

Cabe mencionar que dentro del proceso de redacción del convenio también es susceptible la inserción de una cláusula de mediación, en donde las partes convienen que el procedimiento a seguir en el caso de futuras controversias

⁷⁷ MOORE, Christopher.: Op. Cit. Pág. 408.

será la mediación, J. Enrique Urquidi menciona que dicha cláusula es equiparable a la cláusula compromisoria que se da dentro del arbitraje.⁷⁸

El convenio suscrito deberá de ser llevado ante el tribunal o autoridad competente a efecto de que las partes ratifiquen su contenido para que una vez ratificado ante presencia judicial, este se convierta en convenio judicial y surta efectos de sentencia ejecutoriada o lo que se conoce como homologación judicial.

20. EL MEDIADOR

La acepción de mediador se puede emplear en diversos sentidos, dentro de un significado popular un tanto vulgar se podría decir, el mediador es aquella persona que media interponiéndose entre dos o más que riñen, procurando unirlos o reconciliarlos. En este sentido se entiende a cualquier persona, a un amigo que interviene en las disputas de otros. En una segunda connotación más técnica se dice que es mediador quien posee las técnicas y conocimientos necesarios para poder desempeñarse como tal dentro de un proceso de resolución de conflictos.⁷⁹

Como lo hemos señalado *supra*, la mediación es un medio alternativo de gestión de conflictos, en el que participa un tercero que servirá de canal a través del cual se comunicarán las partes con la finalidad de obtener un acuerdo. Es a este tercero aceptable, neutral e imparcial a quien se le conoce como mediador.

Según J. Enrique Urquidi,⁸⁰ el mediador es un negociador profesional que tiene como tarea la conducción de las partes en el conflicto dentro del proceso de mediación. Su primordial función es unir a las partes con la finalidad de

⁷⁸ URQUIDI, Enrique J.: Op. Cit. Pág. 98.

⁷⁹ DUPUIS, Juan Carlos G.: Op. Cit., Págs. 225-226.

⁸⁰ Cfr. URQUIDI, J. Enrique. Op. Cit., Pág. 43.

orientarlos, conducirlos y asistirlos en la búsqueda de soluciones a efecto de dirimir el conflicto.

Por su parte, Ma. Guadalupe Márquez Algara, afirma que el mediador no es un juzgador, ni un árbitro, debe de quedar claro que el mediador no da consejos, no emite opiniones, no es un terapeuta ni decide, toda vez que el poder de decisión es único y exclusivo de las partes, por ello es que no se puede garantizar que se llegue a un acuerdo en todas las ocasiones en las que un litigio sea sometido voluntariamente por las partes al proceso de mediación.⁸¹

Las instituciones o centros que se dedican a la formación de mediadores tienen el deber y la responsabilidad ante la sociedad de otorgar los diversos reconocimientos de mediador a las personas más aptas y calificadas, con la finalidad de evitar un mal ejercicio de la mediación, la creación de una mala fama y como consecuencia el desacreditamiento de la profesión.

20.1. PERFIL DEL MEDIADOR

El mediador debe de cumplir con ciertas exigencias para ejercer este medio alternativo como lo son:

- Flexible.- Tener disposición al cambio;
- Tolerante ante el cambio y la diversidad;
- Responsable y comprometido con su función;
- Perceptivo.- Debe de estar atento y saber identificar los intereses, posiciones y necesidades de las partes;
- Creativo.- Con el objeto de poder ayudar a las partes cuando éstas son poco cooperadoras en la generación de soluciones;
- Asertivo.- Por moderar la forma de expresarse;
- Actitud colaborativa e investigadora dentro del proceso.⁸²

⁸¹ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe.: Op. Cit. Pág. 94.

⁸² PACHECO PULIDO. Guillermo.: Op. Cit. Pág. 18.

20.2 CARACTERÍSTICAS DEL MEDIADOR

Para poder entender mejor las características del mediador, estudiaremos en especial cada una de ellas.

La primera es la aceptación, se refiere a la disposición que muestran los litigantes al convenir que un tercero ajeno al conflicto se incorpore a la disputa y les ayude a obtener una solución. Es importante destacar que la aceptabilidad no quiere decir que las partes acepten de buena manera al mediador y que van a estar de acuerdo o van a realizar todo lo que éste les diga, sino que se refiere a que las partes aprueban su intervención en el conflicto y que están abiertas a escuchar todo en lo que les pueda ayudar en cuanto a la conducción y manejo del conflicto, ya que él es el experto en el tema.

La imparcialidad y la neutralidad son aspectos primordiales y necesarios con los que debe de contar forzosamente el mediador.

Christopher Moore, realiza una distinción entre una y la otra,⁸³ en lo que respecta la imparcialidad, se refiere a la actitud del interventor o el tercero, es decir, falta de inclinación o preferencia alguna para con las partes involucradas. En cambio toma en cuenta a la neutralidad como el comportamiento o la relación entre los litigantes y el mediador.

Como los mediadores no han tenido relación anterior con alguna de las partes, no existe amistad o compadrazgo (de lo contrario deberá excusarse para que otro mediador intervenga en tal negocio y como lo marcan los diversos códigos de ética) con los litigantes, no se encuentran influenciados en el acuerdo que puedan tomar, o mejor dicho aún, no van a recibir ningún beneficio directo o retribución alguna.

⁸³ MOORE, Christopher.: Op. Cit. Pág. 46.

Por las características del mediador mencionadas con anterioridad, no significa que éste no pueda crear opiniones personales con respecto de las partes o en cuanto al acuerdo a que éstas lleguen, lo importante aquí es que el mediador no las exteriorice y que deje a un lado sus opiniones y únicamente se enfoque a encontrar maneras para ayudar a las partes y a que éstas formulen sus propias opiniones para que logren concretar en un acuerdo consentido.

Al mediador también se le conoce como facilitador, ya que otra de las características de éste es el ayudar a las partes a observar los resultados que acarrearían los acuerdos en todos los campos, como las personas que se pueden ver afectadas por su nivel de implicación, de la misma manera “...ayudan a desarrollar un proceso de educación mutua acerca de las cuestiones y los intereses en juego...”⁸⁴

Por último otra de las características del mediador es que él carece de poder de decisión a diferencia del juez o el árbitro, ya que como se ha venido comentando a lo largo de este apartado, las partes son las que tienen la decisión. Con esto, es posible que se llegue a cuestionar acerca de la autoridad del mediador, misma que reside en la capacidad que tiene éste en lo que respecta a las apelaciones que hace a los litigantes a fin de que concreten un acuerdo en base a los intereses planteados, esto se puede resumir en el derecho de influir sobre el resultado de la disputa que le otorgan las partes.

20.3 HABILIDADES DEL MEDIADOR

Lógicamente que para las personas que se pretenden dedicar a la mediación, en cualquiera de sus diferentes ámbitos, tienen que contar con una serie de características y habilidades, no solo bastan las ganas o el amor que se le tenga, aunque cabe destacar que éstas también son de gran importancia y

⁸⁴ *Ibíd.* Pág. 48.

trascendencia en cualquier ámbito sin importar la profesión, arte u oficio que se desarrolle.

El mediador requiere de una capacitación especial que le permita desarrollar habilidades para que este pueda ayudar de una buena manera a las partes en la conducción para la obtención de solución de conflictos, por medio de ésta capacitación el mediador adquiere técnicas y estrategias que puede utilizar según el caso en los diferentes proceso de mediación.

Algunas de las habilidades con las que deben de contar los mediadores son las siguientes:

Facilidad de comunicación.	Equilibrar poder .
Facilidad de comprensión.	Dirigir el proceso.
Facilidad de expresión.	Reconducir desviaciones.
Sensibilidad.	Saber aplicar las etapas del proceso
Humanidad.	Saber remitir a otros servicios.
Sin prejuicios.	Saber redactar acuerdos.
Transmitir credibilidad.	Distinguir los acuerdos perjudiciales.
Saber escuchar.	Crear armonía.
Saber parafrasear.	Manejar ira.
Romper estancamiento.	Saber reenfocar. ⁸⁵
Evaluar intereses y necesidades.	

20.4 RESPONSABILIDADES DEL MEDIADOR

Como afirma J. Enrique Urquidi, se pueden mencionar que las responsabilidades del mediador con respecto a las partes son las siguientes:

- o La obligación de mantenerse imparcial y de servir por igual, sin favoritismo hacia alguno de los participantes.

⁸⁵ HINOJAL LÓPEZ, Silvia.: Apuntes “Mediación como proceso de gestión de conflictos familiares y de interculturalidad”, Escuela Complutense de verano, Universidad Complutense de Madrid, julio 2002.

- Asegurarse que los participantes entienden de manera clara y sin duda alguna la naturaleza de la mediación, su procedimiento y la función del mediador.
- Auxiliar a las partes en la búsqueda de soluciones por medio de las tácticas ya mencionadas a fin de que éstos generen opciones y den solución a su conflicto.
- Llevar cabo los arreglos necesarios para la implementación del encuentro de mediación sin contratiempos.
- Mantener en confidencia el expediente del conflicto y todo tipo de información revelada durante el proceso y reuniones con las partes ya sean conjuntas o privadas.
- Excusarse de intervenir como mediador en la controversia si se presume algún conflicto de intereses.⁸⁶

20.5 INTERVENCIONES DE LOS MEDIADORES

Moore menciona que los mediadores realizan intervenciones generales o no contingentes y específicas o contingentes.

Con respecto a los movimientos no contingentes podemos observar que son el tipo de intervenciones que efectúa el mediador en todas las disputas y se encuentran vinculados con el esquema general de desarrollo y resolución del conflicto.

De la misma manera nos menciona que este tipo de movimientos permiten que el mediador:

- Ingrese en la disputa.
- Ayude a las partes a elegir el método de resolución y el escenario convenientes para el conflicto.
- Recopile datos y analice el conflicto.
- Diseñe un plan de mediación.

⁸⁶ URQUIDI, J. Enrique.: Op. Cit. Pág. 51.

- Practique la conciliación.
- Ayude a las partes a comenzar las negociaciones productivas.
- Identifique las cuestiones importantes y elabore una agenda.
- Identifique los intereses.
- Ayude a las partes a desarrollar alternativas de arreglo.
- Ayude a evaluar las alternativas.
- Promueva la negociación final.
- Ayude a desarrollar un plan de ejecución y supervisión.⁸⁷

En lo que cabe a los movimientos contingentes, son aquellas respuestas específicas que se dan en determinadas negociaciones, en verbigracia cuando aparece un enojo intenso, chantajes, engaños, regateos, etc. Dentro de éstos mismos movimientos podemos encontrar el caucus debido a que no se presentan en todas las ocasiones.

21. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN

Para poder dar una idea de la importancia de la aplicación de este medio alternativo, se mencionarán los ámbitos de aplicación que son muy variados y con los que se obtienen grandes resultados según las diversas experiencias comparadas con diversos países y con diversas entidades federativas.

21.1 MEDIACIÓN EN SEDE JUDICIAL

Es una realidad que hoy en día los sistemas de administración de justicia, no están cumpliendo del todo con los objetivos para los que fueron creados, teniendo en cuenta que uno de los propósitos del sistema judicial es el ordenamiento de las relaciones sociales y la resolución de los conflictos que se presenten entre los actores sociales. Lo anterior se logra mediante la eficiencia, con la que es posible resolver conflictos de una manera ágil y rápida, de la

⁸⁷ MOORE, Christopher.: Op. Cit. Pág. 61.

misma manera es importante no dejar de destacar la importancia de la accesibilidad a la justicia que se le debe de brindar a todos y cada uno de los miembros integrantes de la sociedad, es decir que las instituciones de justicia permanezcan al alcance de todos.

Algunos de los problemas por los que están atravesando diversos sistemas legales (en México y en diversos países de Sudamérica) es la notable sobrecarga o saturación de las diversas instancias judiciales de impartición de justicia, lo que trae como consecuencia, críticas al sistema judicial, ante el retraso exagerado en la solución de algunos litigios. Dicha carga se da como consecuencia de la ausencia de medios alternos o de justicia participativa, con los que se busca proveer a la sociedad de justicia de manera rápida y al alcance de todos.

Con la incorporación de estos medios se busca el logro de acuerdos rápidos y directos entre las partes en conflicto, de la misma manera se busca fomentar la cultura cívica, la cultura de la paz, logrando con esto una mayor participación por parte de la sociedad.

Otro de los grandes problemas es la pérdida del principio de inmediatez del juzgador para con las partes que se da como consecuencia de la gran cantidad de asuntos que tiene que resolver, mismo que se evitaría con la incorporación de dichos medios ya que las partes son las que con la ayuda de un tercero ajeno, como se ha mencionado supra dentro del presente capítulo, son las que por sí obtienen un acuerdo mutuamente aceptable por medio del proceso de mediación, pues quién mejor que las partes quienes conocen a fondo su problema para decidir el mismo.

Es por lo expuesto con antelación dentro del presente apartado que es necesaria la incorporación de la mediación en sede judicial de manera voluntaria, en donde se puedan ventilar todo tipo de conflictos ya sea en casos en los que no se ha demandado ante la autoridad judicial (conflictos extrajudiciales), aquellos conflictos que se encuentren dentro de un procedimiento e incluso aquellos que se encuentren en ejecución de sentencia,

en donde en todos y cada uno de ellos, las partes por medio de la ayuda y atención recibida por mediadores previamente capacitados y seleccionados puedan obtener o llegar a un acuerdo ya sea de manera total o parcial, con su posterior homologación judicial.

Una vez aplicado lo anterior se estará frente a una nueva fase en donde por medio del deuteroprendizaje, las partes dejarán a un lado el papel de simples espectadores de sus propios litigios para convertirse en protagonistas para resolver sus propios conflictos con la ayuda de terceros.⁸⁸ De la misma manera con la incorporación de la mediación en sede judicial se responde a las exigencias de una sociedad cambiante y se lograría el incremento de la confianza y credibilidad de los ciudadanos para con sus instituciones de administración de justicia.

Una vez incorporada la mediación en sede judicial, se pueden ventilar asuntos de diversas materias, como lo son asuntos civiles, familiares, mercantiles y penales, como los mencionaremos a continuación y en donde se realizará una breve explicación de cada uno de ellos.

21.2 MEDIACIÓN CIVIL

Dentro del ámbito civil encontramos demasiados conflictos que pueden generarse como lo son los derivados del incumplimiento de un contrato de mutuo, compraventa, arrendamiento, así como acerca del establecimiento de límites de las propiedades, la prestación de un servicio, todos aquellos que tienen que ver en la afectación patrimonio privado o familiar de los individuos. Este último implicaría lo referente al derecho de familia del que se tratará más adelante.

Otros de los conflictos que se pueden ventilar logrando un buen acuerdo satisfactorio por medio de la mediación son los que se refieren a los interdictos para retener o recuperar la posesión así como los de obra nueva, de obra peligrosa en lo que se refiere a la construcción, ya que a menudo se pueden

⁸⁸ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe.: Op. Cit. Pág. 153.

observar controversias o disputas que nacen entre vecinos, las cuales se pueden ventilar en los tribunales de lo civil, pero implicaría demasiado tiempo para la conclusión del asunto y diversas erogaciones efectuadas por las partes implicadas a efecto de solventar los patrocinios en tales procedimientos judiciales.

La gestión de conflictos civiles a través de la mediación tiene buenos desenlaces como lo es que las partes obtienen un acuerdo mutuamente aceptable, el cual demuestra la voluntad de las mismas y como un *plus* podemos encontrar que a través de este medio alternativo se mejoran las relaciones afectivas entre las partes litigantes, lo que no podemos observar que se lleve a cabo mediante un procedimiento judicial en el que ambas partes toman partido y desean obtener una sentencia favorable, sin interesarles si tienen la razón o no.

La mediación civil “...se encuentra dirigida a todos los ciudadanos que se encuentren involucrados en una situación de conflicto respecto a los derechos y deberes que emanan de una relación entre particulares”.⁸⁹

21.3 MEDIACIÓN FAMILIAR

Tal y como lo indica el nombre, la mediación familiar objeto del presente, es una de las más importantes a tratar hacia el interior de la sociedad en lo que es su unidad básica fundamental la familia, en donde por medio de la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos, se trata de resolver y de restaurar las relaciones familiares que en la mayoría de las ocasiones se ven desgastadas y muy dañadas de manera física, económica y mental con la aparición de conflictos y con la tramitación de los mismos ante las instancias judiciales ordinarias, en donde las partes en vez de cooperar se distancian y discuten lo que trae aparejado al conflicto el desvanecimiento de las relaciones entre las mismas y el tribunal se convierte en un verdadero “ring” de pelea en donde las familias cegadas por su rabia y por malos consejos pierden de vista

⁸⁹ *Ibíd.* Pág. 103.

lo más importante que son los hijos y la unidad familiar por estar otorgando más importancia a otro tipo de circunstancias, ya que como sabemos, el litigio en el ámbito familiar excede aspectos únicamente legales que posiblemente por medio del diálogo y de una negociación asistida por un tercero ajeno al conflicto mutuamente aceptable.

Por medio de la mediación familiar es posible solucionar problemas como los derivados de divorcios que son los más comunes, disoluciones, liquidación y partición de sociedad conyugal, para establecer el régimen de visitas y la tenencia de los hijos y todas aquellas cuestiones relacionadas con el ejercicio de la patria potestad, alimentos, sucesiones entre otros, mismos que se explicarán y se analizarán en el capítulo siguiente dedicado únicamente a la mediación familiar.

21.4 MEDIACIÓN EMPRESARIAL

Este medio alternativo va dirigido al sector empresarial y comercial en el caso de que se encuentre en un conflicto generado entre las relaciones de socios, gerentes, directores o accionistas con trabajadores, clientes o proveedores.

Al igual que la mediación en los otros ámbitos, la mediación empresarial nace en los años setentas en las empresas norteamericanas ante los descontentos y las malas experiencias vividas por los conflictos y por el desgaste físico y monetario que implicaba para éstas.

Como consecuencia de la globalización y de la creciente interdependencia a nivel mundial en los últimos años, se han incrementado las relaciones comerciales entre diversos países por medio de las suscripciones de tratados internacionales como lo es nuestro caso particular el tratado de libre comercio con Estados Unidos y Canadá, en donde encontramos el nacimiento de nuevas empresas nacionales y transnacionales dedicadas a la importación, exportación o a ambas.

Ante el enorme aumento de empresas y del alto nivel de competencia, es un tanto normal que haya problemas derivados de las relaciones comerciales entre las empresas y los comerciantes, mismos que pueden ser resueltos a través del proceso de mediación que se fundamenta en la equidad, confidencialidad, libertad en cuanto a la elección de personas para la gestión de conflictos y que acarrea consigo un notable ahorro altamente representativo para las partes en lo que a costos y gastos se refiere.

Por medio de la mediación empresarial se puede obtener la reanudación de la comunicación entre las partes, así como conseguir soluciones en base a cada empresa y a cada hecho en específico y la obtención de acuerdos que serán respetados por los signatarios.⁹⁰

21.5 MEDIACIÓN PENAL

Es importante hacer mención que para poder adoptar la mediación penal, la sociedad debe de hacer conciencia y debe de tener conocimiento de la existencia de los medios alternativos para resolver conflictos, dejando siempre abierta la posibilidad para las partes, el hecho de recurrir a los procedimientos judiciales en el caso de no obtener un acuerdo mutuo.

Es un tanto complejo abordar la mediación en este ámbito, ya que es difícil para la mayoría de la gente (víctimas) el hecho que representa el estar cara a cara con su victimario, toda vez que genera en la mayoría de las ocasiones odio, rencor y en algunas otras temor o miedo ante las posibles represalias a que daría lugar como consecuencia de haber instado en este ámbito. De la misma manera es importante tomar en cuenta que esto último se refleja en

⁹⁰ *Ibíd.* Págs. 104-106.

diversas estadísticas en donde la sociedad no denuncia los delitos por temor o desconfianza que existe para con la aplicación de la justicia en este rubro.

En ese mismo orden de ideas, es del conocimiento de la víctima que en muchas ocasiones el daño causado como consecuencia de la conducta antijurídica no puede ser reparado de manera económica, aunque existen sus excepciones en donde hay gente que día con día ruega para que le suceda algo para poder obtener alguna ventaja.

Por medio de la mediación se puede reparar el daño moral del ofendido, así como una posible capacitación y una revalorización por parte de las personas que cometen el delito y también se puede generar una recomposición de las relaciones humanas en el conflicto para las personas que se podrán seguir viendo o que quizás no, pero lo importante es que a través de este medio alternativo se les brinda la posibilidad de poder comunicarse con la finalidad de solucionar sus conflictos.

Algunas de las conductas tipificadas por las leyes penales superan el ámbito penal, donde a pesar de encontrarse reguladas, es de suma importancia tomar en cuenta las razones de cada parte, lo que los motivo a llegar a realizar alguna conducta antijurídica lo cual, al igual que lo mencionado en el párrafo anterior, es posible lograr a través de la mediación.

Antes de poder mediar en algún asunto de naturaleza penal, se debe de tomar en cuenta el estado psicológico de la víctima y la posibilidad real de ésta para que pueda abordar el conflicto, sino esta en condiciones de hablar del conflicto no es posible llevar a cabo la mediación, esto se presenta en los casos en los que las víctimas lo único que buscan es ver preso al acusado, es decir no tienen interés en mediar, reconciliar o en buscar la reparación del daño.

La mediación penal puede ser adoptada como un medio alternativo del sistema penal actual, en el caso de procesos en los que no se ha ejercitado la acción penal o en donde aún no se presenta denuncia alguna y en aquellos delitos que en base a las diversas legislaciones en materia penal no sean perseguibles de oficio.

En países como Argentina y Holanda se encuentra regulado el proceso de mediación en materia penal.⁹¹

21.6 MEDIACIÓN COMUNITARIA

Dentro de éste rubro, la mediación en los Estados Unidos, ha logrado grandes avances y resultados así como una buena aceptación por parte de las personas o de las comunidades que integran la sociedad norteamericana.

Una comunidad es un conjunto de personas que habitan en un mismo espacio territorial delimitado y delimitable, cuyos miembros se identifican consigo mismos o dicho de otra manera tienen conciencia de pertenencia y que entre sí tienen una mayor interacción que en otro contexto, con el objetivo de obtener un bien común para la localidad.⁹²

La mediación es una excelente herramienta de la que pueden echar mano los integrantes de la comunidad, toda vez que la mayoría de los conflictos comunitarios son mediables y a través de esta se mejoran las relaciones entre los mismos integrantes de la localidad o comunidad. Siguiendo en ese mismo orden de ideas podemos observar que se encuentran muy buenos objetivos y resultados; a través de la aplicación de la mediación en este ámbito, se mejora la comunicación entre las partes implicadas en el conflicto, como se ha mencionado en varias ocasiones, existe un deuteroprendizaje en donde las partes involucradas dentro de un proceso de mediación o que ya han resuelto un conflicto a través de este medio alterno, aprenden a cómo resolver sus propios conflictos futuros, aprenden a comunicarse, a empatizar con la gente y a crear una buena conciencia.

⁹¹ *Ibíd.* Pág. 111.

⁹² *Ibíd.* Pág. 97

La mediación comunitaria es apta para resolver conflictos vecinales, aquellos derivados de un contrato de arrendamiento entre arrendador y arrendatario, problemas familiares, derivados de la interculturalidad, etcétera.⁹³

21.7 MEDIACIÓN ESCOLAR

La mediación escolar tiene su origen en los Estados Unidos durante los años de los setenta y de ahí ha ido evolucionando y se ha ido extendiendo a otros lugares del planeta, donde la han acogido de una buena manera.

Según Ma. Guadalupe Márquez Algara, la educación escolar es más que nada la intervención no forzada de un tercero neutral e imparcial, que ayuda a los miembros integrantes de la comunidad escolar a resolver conflictos o a transformarlos por ellas mismas.

También encontramos objetivos destacables como lo son, el abordar los aspectos negativos y destructivos del conflicto y transformarlos, erradicando a la violencia como conducta antisocial.⁹⁴

Tanto la mediación escolar como la comunitaria, anteriormente señalada, no se ventilan por medio de las instancias judiciales ordinarias, sino que la finalidad de las mismas es promover la cultura de la paz entre los miembros de la sociedad, la sana convivencia y la resolución de conflictos de una manera satisfactoria y rápida, conflictos entre vecinos o aquellos generados dentro de alguna institución de educación en cualquiera de sus niveles. Simplemente se mencionan para ejemplificar y dar a conocer la importancia y los diversos ámbitos en los que se puede hacer uso de la mediación como herramienta para la gestión de conflictos.

⁹³ *Ibíd.* Pág. 98

⁹⁴ *Ibíd.* Pág. 100.

CAPÍTULO TERCERO

MEDIACIÓN Y FAMILIA

SUMARIO

22.-Familia; 22.1.-Concepto de familia; 23.-Mediación familiar; 23.1.-Concepto de mediación familiar; 24.-Breves antecedentes de la mediación familiar; 25.-Experiencia comparada de la mediación familiar; 25.1.-Mediación familiar en España; 25.2.-Mediación familiar en Estados Unidos; 26.-Ventajas de la mediación familiar; 27.-Mediación en el divorcio; 28.-Mediación en las sucesiones; 29.-Mediación en la violencia familiar; 30.-Elementos importantes para la redacción del acuerdo; 31.-Inducción de la mediación en nuestra entidad federativa; 31.1.-Propuesta para la reforma de la constitución local; 31.2.-Propuesta para la reforma de la ley Orgánica del Poder Judicial; 31.3.-Propuesta para la reforma del Código de Procedimientos Civiles del Estado de San Luis Potosí; 31.4.-Propuesta para la creación de la ley de mediación para el Estado de San Luis Potosí; 31.5.-Propuesta para la creación de la ley de mediación familiar.

22. FAMILIA

El objeto del presente apartado es destacar la importancia que tiene la familia para el buen funcionamiento de una sociedad y una vez entendida esta

importancia, mencionar de una manera breve la crisis por la que está atravesando en nuestros días, para posteriormente tomar la mediación familiar como un medio alternativo que sirva para resolver todo tipo de conflictos generados por la misma.

El hombre es un ser sociable por naturaleza, pues vive en comunidad, constantemente se encuentra en continua interacción con sus semejantes estableciendo diversos vínculos y creando relaciones.

La familia es la más antigua de las instituciones humanas y de los núcleos sociales y es el elemento clave para la comprensión, para el buen funcionamiento y desarrollo de la sociedad, misma que se ve influenciada por diversos aspectos culturales como lo son la moral, la religión, el derecho y los usos y costumbres. Es por lo anterior que se le denomina la célula o el núcleo de la sociedad; ella es la que provee a la sociedad de sus miembros, para que ésta se encargue de capacitarlos y prepararlos con la finalidad de que lleven a cabo el papel que les corresponde en un futuro y contribuyan al desarrollo de la misma.

La familia es de suma importancia, ya que desde que el ser humano viene al mundo; es ésta quien lo acoge y quien lo cría y es de ésta en donde el mismo aprende a valores y las normas de comportamiento. Es durante el transcurso del tiempo cuando aprende a leer y escribir y por consiguiente adquiere todo tipo de conocimientos generales necesarios para su completo desarrollo, de la misma manera vive diariamente y se desarrolla en plena convivencia e interacción con sus semejantes, tanto en el seno familiar como en el mundo exterior.

22.1 CONCEPTO DE FAMILIA

Dentro de diversas obras, estudios, tratados, diccionarios, convenciones, etcétera, podemos encontrar diferentes significados de la familia que se han ido proporcionando a lo largo del tiempo, al observarlos es posible ir constatando el

cambio que va teniendo como consecuencia de la constante evolución, pero el objetivo de este estudio no es el de entrar a un análisis sociológico o antropológico de la familia sino, simplemente tratar de resaltar la importancia de la misma para el desarrollo social.

Dentro de algunas definiciones podemos encontrar en el ámbito internacional la que nos brinda la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y del Estado”.⁹⁵

De la misma manera la Carta de los Derechos de la Familia la define más que una unidad jurídica, social y económica, una sociedad de amor y de solidaridad insustituible para la enseñanza y transmisión de los valores éticos, culturales, sociales, espirituales y religiosos, esenciales para el desarrollo y bienestar de sus propios miembros y de la sociedad.⁹⁶

Por otra parte, Sánchez Márquez define a la familia en sentido amplio como “un conjunto de personas vinculadas entre sí por el parentesco consanguíneo, adoptivo o de afinidad” y en sentido restringido la define como “el conjunto de personas unidas entre sí por el parentesco consanguíneo (excepcionalmente por el adoptivo) y que tienen como base el matrimonio, el concubinato o la adopción”.⁹⁷

Es tan importante la familia que como se ha mencionado no puede dejar de ser tomada en cuenta por diversas legislaciones, convenios y tratados internacionales como lo son el Proyecto de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Convención de Derechos del Niño, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos por mencionar algunos, en donde en sus diferentes apartados la toman en cuenta y la protegen dándole su lugar como un derecho fundamental.

⁹⁵ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.: Adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, Artículo 16, párrafo 3º.

⁹⁶ CARTA DE LOS DERECHOS DE LA FAMILIA, Presentada por la Santa sede del Vaticano, 22 de octubre de 1983, Preámbulo.

⁹⁷ SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo: “Derecho Civil”, Ed. Porrúa, 2ª ed., México, 2002, Pág. 230.

La familia ha sido definida tradicionalmente por la función social que cumple, es decir, por la tarea que debe desarrollarse en su seno, esto es la procreación, la crianza de los hijos, la educación y el sostén recíproco entre los cónyuges. Por otra parte cabe destacar que el estudio sociológico de la misma comienza cuando se reconoce que las relaciones familiares constituyen relaciones sociales.

Como se ha mencionado con antelación, la familia desde sus orígenes ha ido evolucionando hasta nuestros días, no es posible perder de vista esta transformación que se ha venido dando con gran influencia últimamente y que es un objeto de estudios multidisciplinarios.

Es posible mencionar los cambios que ha estado experimentando la familia a lo largo de los últimos años, mismos que la están afectando como lo son el aumento en los índices de divorcios, la dispersión de miembros de la familia por necesidades de trabajo, cuestiones económicas como lo puede ser la inseguridad, la disminución de matrimonios, el aumento de parejas de hecho mejor conocido como unión libre, el incremento de padres y madres solteras y el incremento de las madres adolescentes, así como muchos otros factores que se han venido dando como la mala orientación que se recibe en el seno familiar y la pérdida de valores humanos.

La complejidad que presenta la familia pasa por diferentes niveles, los lazos de parentesco, las relaciones jurídicas, los afectos, los sentimientos, los valores, los principios y sus reglas propias, todo lo cual no hace fácil su análisis.

23. MEDIACIÓN FAMILIAR

En lo que respecta a la mediación en el ámbito familiar, se estudiarán los problemas comunes referentes a la misma y la manera de poder solucionarlos mediante el proceso de mediación en donde se observará que no sólo se busca el acuerdo mutuamente aceptable de las partes sino que de la misma

manera, uno de los objetivos que se ha venido mencionando dentro del cuerpo de este trabajo es el hecho de mejorar las relaciones entre las partes involucradas en el conflicto por el vínculo que guardan las mismas entre sí y más que nada haciendo especial énfasis en los hijos que en la mayoría de los casos como en el divorcio es en donde éstos son los que resultan más afectados por la mala toma de decisiones de los padres y como consecuencia de la ruptura del matrimonio y otros aspectos que traen aunados consigo el desarrollo de un desgaste físico y emocional que a su vez genera deterioro y rompimiento de las relaciones lo que no es bueno para ninguna de las partes.

Es importante destacar que los conflictos que se presentan en materia familiar se caracterizan por al alto nivel afectivo que contienen los mismos y por la necesidad del mantenimiento de las relaciones entre las partes

Es necesario mencionar que dentro del presente trabajo no se pretende atacar al sistema judicial sino analizarlo en algunos aspectos y tratar de proponer una solución que beneficie a la sociedad, como en el caso de asuntos familiares en donde se observa que durante la susbtanciación de este tipo de conflictos a través de los medios judiciales ordinarios correspondientes, las relaciones que se originan entre las partes son de ataque y defensa en donde en cuanto más avanzado el litigio, las partes pierden cada vez más la capacidad de autocomposición del mismo y acarrear como consecuencia la profundización de los mismos, que de la misma manera provoca que se marquen más las posiciones adoptadas por las partes y la resolución que llegué a dictar el juzgador la toman en sí como un triunfo personal sobre su contraparte (en el caso de que obtengan una resolución favorable) cuando en realidad se están alejando y rompiendo las relaciones y en donde se observa que en la mayoría de las disputas utilizan a los hijos como armas, a través de los que pueden obtener intereses personales o simplemente pueden realizar ciertos objetivos como el arruinar o chantajear a la contraparte, provocando con esto un daño increíble para con los hijos que a final de cuentas es lo que más les interesa a

los padres, pero que éstos pierden de vista al encontrarse envueltos en una serie de problemas judiciales.⁹⁸

23.1 CONCEPTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

La mediación familiar es un proceso de resolución y manejo de conflictos que envuelven a la misma familia, como lo es en la mayoría de las ocasiones o la más común en el caso de separación o divorcio por parte de un profesional calificado tercero ajeno al conflicto e imparcial, mejor conocido como mediador, mismo que a petición de las partes permite a las parejas disponer de un espacio con la finalidad de obtener las soluciones más satisfactorias respecto a los miembros que integran dicha familia.

Por medio de la mediación, se va a abordar de manera integral la problemática tomando en cuenta las características de cada familia en particular, desarrollando y rescatando recursos que pueden generar nuevas formas para relacionarse en un futuro. De la misma manera, se podría mencionar que el objetivo más importante de la mediación familiar es la protección de los hijos, reestructurando y redefiniendo nuevos roles, generando con ello una buena relación parental que incluso en algunos casos se vuelve mucho mejor a la que llevaban antes de acudir ante el proceso de mediación familiar.⁹⁹

Según Juan Carlos Dupuis,¹⁰⁰ Folberg define a la mediación familiar como un proceso no terapéutico, por medio del cual las partes con la asistencia de un tercero tratan de separar en forma sistemática los puntos de acuerdo y desacuerdo, exploran alternativas y consideran compromisos, con la finalidad de obtener un acuerdo aceptable acerca de los problemas presentados en el proceso de mediación.

⁹⁸ DUPUIS, Juan Carlos G.: Op. Cit. Pág. 260.

⁹⁹ www.centrointegralpsicologico.cl/mediacion.htm 08 de febrero de 2005, 02:09:15 p.m.

¹⁰⁰ DUPUIS, Juan Carlos G.: Op. Cit. Pág. 265.

La mediación familiar es un procedimiento voluntario que persigue la solución de los conflictos surgidos en el seno de la misma, en el que uno o más profesionales cualificados, imparciales, y sin capacidad para tomar decisiones por las partes asiste a los miembros de una familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo.¹⁰¹

24. BREVES ANTECEDENTES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

En lo que respecta a los antecedentes de la mediación familiar, los autores difieren. Por una parte algunos afirman que la mediación en materia familiar como una alternativa al proceso litigioso tiene su origen en Estados Unidos y después en Canadá¹⁰² y, por otra parte otros afirman que ésta aparece en España y que países como Estados Unidos, Francia, Canadá, Inglaterra, etc, son precursores de la misma siguiendo una pauta similar en cuanto al suceso legislativo y posterior intervención de apoyo a una necesidad social aunque se plantearon en un espacio temporal anterior.¹⁰³

En Estados Unidos y Canadá, ambos países fueron pioneros en la práctica de la mediación familiar en donde ante las crecientes problemáticas de las rupturas familiares se instaura en los Estados Unidos en 1978 institucionalmente como alternativa de resolución de conflictos mediante una vía diversa al modelo litigioso tradicional, logrando grandes avances y resultados en diversos estados como: California, Minnessota, Maine y Milwaukee, en éste último en el año de 1960 se creó el primer servicio dedicado a la mediación llamado Departamento de Conciliación del Tribunal de Familia de ese mismo estado, de la misma manera en 1986 se creó en el estado de Florida como programa conjunto de la corte suprema y de la Facultad Derecho el Centro de Resolución de Disputas que más que nada se

¹⁰¹ Ley 7/2001 de mediación familiar de la comunidad de Valencia, de 26 de noviembre del 2001.

¹⁰² DUPUIS, Juan Carlos G.: Op. Cit. Pág. 264.

¹⁰³ http://www.unaf.org/Proyectos/servicio_mf.htm, 10 de febrero de 2005, 11:15:20 p.m.

ocupa de todos aquellos problemas en que se planteen cuestiones relativas a custodia y régimen de visitas en el contexto de la separación o divorcio.

Por otra parte, según Lucía García García, Canadá cuenta con una larga tradición en brindar servicios de atención a la familia como se ha venido realizando desde los setentas en Québec, el cual cuenta con reconocimiento tanto federal como local no provincial, así como el Programa de Apoyo a la Familia Separada, el que pretende brindar a las partes involucradas en algún problema familiar una mejor representación de la familia y habilidades de comunicación entre los integrantes de la misma; dicho programa es dependiente de el Centro de Investigación sobre los Servicios Comunitarios de la Universidad de Laval Québec.¹⁰⁴

En Francia, la mediación familiar fue implantada en la década de los ochentas, tomando como referencia, la experiencia comparada de Québec. En este país se inició la mediación como una práctica privada y posteriormente como consecuencia de su éxito, las instituciones gubernamentales poco a poco fueron tomándole importancia a la misma, investigándola y poniendo en práctica diversos programas pilotos en diversas dependencias como en la Secretaría para los Derechos de la Mujer o en el Ministerio de Justicia, siendo que hasta el año de 1995, mediante la ley 125/95 y mediante el decreto 96-652 de 22 de julio se produce el reconocimiento y se regula la conciliación y la mediación.

En el caso de los demás países europeos su experiencia es similar, ya que éstos siendo precursores, adoptaron semejantes técnicas para la instauración de la mediación en sus correspondientes legislaciones e Instituciones tanto públicas como privadas como lo muestra Inglaterra, Suiza, Italia, Bélgica, etc.¹⁰⁵

¹⁰⁴ GARCÍA García, Lucía.: “Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares”, Ed. Dykinson, s/ed., Madrid, 2003, Págs. 23-25.

¹⁰⁵ *Ibíd.* Págs. 28-32.

La Dirección General de Justicia de la Comunidad Europea con sede en Bruselas Bélgica, fue la encargada de la elaboración del libro verde, el que tenía como objetivo realizar una amplia consulta de los medios interesados sobre una serie de

cuestiones jurídicas que se plantean en lo referente a las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, por medio de este trabajo se aclararán dudas y se propiciará a la fijación de políticas a seguir para la comunidad europea. Es un trabajo muy importante que sirvió de impulso a todos los miembros integrantes de la comunidad europea en lo referente a la implantación de los medios alternos en sus respectivas legislaciones como resultado de una gran demanda de la sociedad y que tiene como finalidad garantizar la accesibilidad de la justicia a toda la sociedad.

De la misma manera no se puede dejar a un lado la Recomendación No.R (98)1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la mediación familiar, misma que fue aprobada el 21 de enero de 1998. En ella se puede observar tal y como su nombre lo indica, una recomendación realizada como consecuencia de los altos índices de los litigios familiares, especialmente los que resultan de la separación o divorcio y tomando en cuenta los resultados de diversas investigaciones en lo que respecta al empleo de la mediación.

Esta recomendación es de gran trascendencia, toda vez que generó un gran impacto en la comunidad europea e incitó a los miembros de ésta a legislar y tomar en cuenta los beneficios de los que podrían gozar en el caso de implantar la mediación familiar, ya que por medio de la misma exhorta a los gobiernos de los estados miembros a:

- Instituir o promover la mediación familiar, o llegado el caso, reforzar la mediación familiar existente;
- Tomar o reforzar cualquier medida que estimen necesaria para asegurar el establecimiento de los principios consignados en la recomendación para la promoción y utilización de la mediación familiar como medio apropiado de resolución de litigios familiares.(Recomendación No. R

(98)1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la mediación familiar).

De la misma manera proporciona una sólida base jurídica para un adecuado desarrollo, por los estados integrantes de la comunidad europea, de la mediación, por medio de la que permita el acceso a la misma a quien lo solicite por su propia iniciativa o a aquellos que lo acepten posteriormente luego de haber comprendido de que es más conveniente resolver las disputas familiares a través de un medio no adversarial.¹⁰⁶

25. EXPERIENCIA COMPARADA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

En lo que respecta al presente apartado, se abordará un breve panorama general de la forma en que algunos países como Estados Unidos y España en específico se han encargado de la mediación familiar, pues considero que el análisis de la experiencia familiar en otros países es fundamental, ya que nos puede ayudar a discernir determinados aspectos claves que pueden ser tomados como modelos para la inducción de la mediación familiar en México y en especial en nuestro estado.

El hecho de haber señalado a España y a los Estados Unidos no responde a una selección arbitraria sino que los Estados Unidos fueron elegidos por ser el país señalado por muchos autores como el pionero de la mediación en el ámbito familiar, por otra parte se estudiará la mediación familiar en España por conocimientos que he tenido de primera mano en diversos estudios realizados en tal país miembro de la comunidad europea, así como por los diversos nexos culturales que nos unen e identifican.

¹⁰⁶ *Ibíd.* Pág. 36.

25.1 MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA

La mediación en España nace después de haberse realizado diversas reformas a sus distintos cuerpos normativos y después de concretizarse varios anteproyectos de leyes, como consecuencia de la fuerte influencia de la demanda social y de la recomendación 1/98 mencionada con anterioridad.

Cataluña es la primera comunidad autónoma que realizó un proyecto de mediación familiar y la primera con una ley de mediación 1/2001 de 15 de marzo, misma que regula los aspectos jurídicos fundamentales de la mediación familiar y crea el Centro de Mediación Familiar de Cataluña, que asume la responsabilidad de fomentar y de organizar el servicio público de esta actividad con pleno respeto a la voluntad de los ciudadanos y a las iniciativas privadas ya nacidas que ejercen profesionalmente en este campo. Regula así mismo la intervención de los colegios profesionales afectados y les da unas tareas importantes, tanto en el ámbito de formación de mediadores como en el deontológico y sancionador.¹⁰⁷

De la misma manera, en Galicia fue aprobada la ley 4/2001, de 31 de mayo como consecuencia de la recomendación realizada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa mencionado anteriormente. Esta ley se compone de un Título preliminar y dos títulos más. En el título preliminar se explica todo lo referente a la institución de la mediación familiar y la menciona como una actividad necesaria para la comunidad, que es de interés público y que es promovida por la Junta de Galicia por su utilidad pública que representa para con las familias. El título primero habla acerca de la ordenación de la mediación y el título segundo contempla el régimen sancionador.

La ley concluye con dos disposiciones finales: en la primera se habilita su desarrollo reglamentario y en la segunda más que nada se refiere a su entrada en vigor.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Ley 1/2001 de mediación familiar de Cataluña, de 15 de marzo de 2001.

¹⁰⁸ Ley 4/2001 de mediación familiar de Galicia, de 31 de mayo de 2001.

Dentro del cuerpo de la presente ley nos menciona que las personas pueden acudir a la mediación ya sea previo a la iniciación del proceso judicial o durante la substanciación del mismo; también menciona que el procedimiento puede ser iniciado a petición de ambas partes o a solicitud de alguna de ellas, lógicamente con la futura aceptación de la otra.

En lo que se refiere a la prestación del servicio de mediación éste es gratuito, tal y como lo es en las otras dos comunidades.

En Valencia la ley de mediación familiar es promulgada el 7/2001, de 26 de noviembre. Similar a las explicadas con anterioridad y de las que a manera de análisis se plasmarán en una tabla con objetos meramente comparativos, pues tienen particularidades dignas de apuntar.

Cuadro comparativo de legislaciones españolas

Norma Reguladora	Carácter Voluntario/Obligatorio	Profesionales Mediadores	Plazos	Costes	Público/Privado
Comunidad Valenciana Ley 7/2001 De noviembre 26	Voluntario Neutral Imparcial Confidencial	-Derecho -Psicología -Trabajador Social	3 meses prorrogables por 2 más	Honorarios según ingresos. Derecho a asistencia gratuita	Público y Privado
Cataluña Ley 1/2001 De marzo 15	Voluntario Neutral Imparcial Confidencial	-Abogado -Psicólogo -Trabajador Social -Pedagogo -Educador Social	3 meses prorrogables por 3 más	Honorarios según ingresos. Derecho a asistencia gratuita	Público y Privado
Galicia Ley 4/2001 De 31 de mayo	Voluntario Neutral Imparcial Confidencial	Expertos en funciones Psico- Socio- Familiares	3 meses prorrogables por 3 más	Honorarios según ingresos. Derecho a asistencia gratuita	Público y Privado

25.2 MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESTADOS UNIDOS

Según María Alba Aiello de Almeida,¹⁰⁹ en los Estados Unidos es donde se cuenta con mayor experiencia en el ámbito de la mediación familiar, incluso que cualquier país de Sudamérica y Europa.

En algunos estados como Minnessota, California y Florida, está a disposición el servicio de mediación desde hace más de una década, dicho servicio es el referente a la materia del estado civil y los conflictos de pareja y con los hijos. En algunos de estados como Maine es obligatorio el hecho de que las partes antes de instar ante tribunales judiciales promoviendo un divorcio litigioso deben de intentar la mediación y de la misma manera se pueden encontrar otros en los que se impone a las parejas que van a someterse al proceso de mediación, la elaboración o presencia de un curso con fines meramente informativos.

La experiencia que se puede encontrar en este país es muy diversa, ya que como el proceso de mediación es informal, los mismos mediadores tienen diversas tácticas y técnicas de las que se apoyan para sacar adelante a las partes que se le presentan, es decir, cada mediador tiene su manera de trabajar; unos se inclinan por diversas escuelas mientras que otros emplean diversos métodos de negociación, razón por la que la mediación nos ofrece diversas salidas y aplicaciones de la misma, siempre y cuando, claro está, se respeten los principios fundamentales de la misma y se respete los diversos códigos o normas deontológicas para el ejercicio de la profesión.

26. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Algunas de las ventajas que se pueden obtener al optar por la mediación en materia familiar son las siguientes:

¹⁰⁹ AIELLO DE ALMEIDA, María Alba: “Mediación. Formación y algunos aspectos claves”, Ed. Porrúa, 1ª ed., México, 2001, Pág. 124.

- Favorece el diálogo, la comprensión, la búsqueda de soluciones y la negociación de los acuerdos;
- Durante y después del proceso de mediación, no existen ganadores y perdedores como lo hay dentro de las resoluciones judiciales;
- La mediación familiar, se enfoca en las relaciones futuras y no en el pasado, sin dejar de tomar en cuenta que en algunas ocasiones es importante el pasado para poder dar solución a las situaciones que se presentan;
- Por medio de la misma, también se evita que un tercero decida sobre el futuro de los hijos en lugar de los padres.
- Redefine y sitúa las relaciones familiares fuera del conflicto conyugal;
- Salvaguarda o recupera la corresponsabilidad de ambas partes en la toma de decisiones sobre los hijos y el ejercicio de sus funciones;
- Permite afrontar una nueva situación familiar, garantizando el futuro de los hijos en la pareja separada.¹¹⁰

Por otra parte Juan Carlos Dupuis¹¹¹ destaca algunas ventajas diversas como lo son :

- Amplitud de la solución, debido a que un litigio familiar, rebasa lo meramente jurídico llegando a involucrar aspectos personales e individuales de cada familia según sea el caso y por medio de la mediación, las partes involucradas pueden construir soluciones para su o sus problemas en particular, excediendo incluso los aspectos legales,

¹¹⁰ http://www.unaf.org/Proyectos/servicio_mf.htm 10 de febrero de 2005, 11:15:20 p.m.

¹¹¹ DUPUIS, Juan Carlos G.: Op. Cit. Págs. 265-268.

en donde por medio de un juicio ordinario el juez decidirá cuestiones, pero no solucionará el conflicto, éste seguirá ahí e incluso puede agravarse el mismo deteriorando las relaciones entre las partes.

- Reestablecimiento y mantenimiento de relaciones futuras, mismo que se logra toda vez que la mediación al ser un sistema no adversarial provoca el mantenimiento de las relaciones futuras, situación de suma importancia y que no se puede dejar pasar por alto en los conflictos de familia.
- El principio de confidencialidad es importante ya que resguarda la privacidad de las partes, tomando en cuenta que en los conflictos familiares la mayoría de las personas prefieren que terceros no se enteren de sus problemas y en el caso de la mediación la privacidad se respeta al máximo puesto que sólo trasciende la misma para con el mediador y con los asesores legales de cada una de las partes. De la misma manera cabe destacar que no quedan registros de lo sucedido o compartido por las partes dentro del proceso de mediación, lo que da tranquilidad y confianza a las partes e influye en la creación de un ambiente óptimo para la cooperación de las partes y para el desarrollo del proceso de mediación.
- El principio de celeridad, refiere la rapidez de la obtención de soluciones por medio de la mediación evitando el retraso y la generación de más roles o la profundización de diferencias y sufrimientos entre las partes.
- Resultados permanentes, ya que los acuerdos a los que llegan las partes por medio de este proceso son el fiel reflejo de la voluntad de las mismas y responden a sus convicciones, lo que propicia acuerdos que serán respetados y cumplidos, es decir, más permanentes pues fueron las partes quienes los decidieron y lo acordaron y no fueron impuestos por un tercero como lo sería por medio del procedimiento judicial.
- Una economía emocional y monetaria sobrevenida de la solución acordada, ya que la mayoría de los litigios familiares suelen involucrar gastos exorbitantes que merman el patrimonio familiar y que son generados como consecuencia de los patrocinios judiciales o del empleo

de diversos servicios como lo puede ser a la vez un psicólogo, psiquiatra, etc.

27. LA MEDIACIÓN EN EL DIVORCIO

Dentro del presente apartado se abordará a manera general la mediación en el caso de separación o divorcio, toda vez que en la mayoría de las ocasiones es por éstos casos que las parejas acuden a solicitar la mediación ya sobre el mismo proceso o sobre la marcha, se tocan diversos puntos que atañen a la familia y que son consecuencia de la misma separación como se observará a continuación, por lo que me es necesario mencionar que a manera de establecer una limitante al presente trabajo de investigación sólo se abordará lo relacionado al título del presente apartado.

Es una realidad que durante las últimas décadas, el fenómeno de separación de parejas ha ido aumentando de manera considerable y desproporcionada como consecuencia de diversos fenómenos sociales, demográficos y económicos, los cuales representan a la sociedad actual tal y como fue mencionado al inicio del presente capítulo dentro del apartado dedicado a la familia, dichos fenómenos pueden ser la mayor oferta en cuanto al desarrollo profesional y laboral de las mujeres y aunado a esto su posibilidad de independencia económica, la libre decisión por parte de las parejas acerca del número y espaciamiento de hijos, el cuestionamiento del matrimonio como opción única para la formación de una familia. En la actualidad ya no es la mujer quien se responsabiliza de manera total de la organización de la familia y de la educación de los hijos, de la misma manera el hombre ya no es el sustento económico primordial y esencial de la familia, hoy en día el sustento y progreso de la familia se debe a ambos, ello obliga a la distribución de las tareas domésticas lo que en la mayoría de las ocasiones genera un desajuste en la relación afectiva de las parejas.¹¹² El conflicto generado como consecuencia de la separación de una pareja afecta de manera emotiva y

¹¹² HINOJAL LÓPEZ, Silvia.: Apuntes “Mediación como proceso de gestión de conflictos familiares y de interculturalidad”, Escuela Complutense de Verano, Universidad Complutense de Madrid, julio 2002.

social a todos los relacionados con la familia, ya sea de manera directa o indirecta ya que se considera a la familia como el núcleo de la sociedad y se tiene como idea que ésta se encuentra conformada por padre, madre e hijos.¹¹³

La mediación familiar en el contexto de separación y divorcio es un proceso por medio del cual la pareja solicita la intervención de un tercero cualificado, llamado mediador con la finalidad de obtener acuerdos que les permitan reorganizar su situación como familia y como padres, del modo que la separación no sea un obstáculo que impida mantener una relación abierta entre todos los miembros integrantes de la familia.¹¹⁴

En el ámbito de la mediación familiar la aplicación de la misma al divorcio o separación es la más común pues es el más recurrido por los particulares cuando la pareja decide separarse y aunada a la misma lleva consigo diferentes temas a negociar, toda vez que son consecuencias generadas de la separación o divorcio como lo son la disolución, liquidación y partición de la sociedad conyugal en el caso que sea el régimen bajo el que contrajeron matrimonio, la tenencia, custodia, el domicilio, el régimen de visitas de los hijos en caso de que se hayan procreado éstos durante el matrimonio, los alimentos o mejor dicho la pensión alimenticia entre cónyuges o derivados del parentesco o patria potestad, entre otros. Cabe destacar que "... no hay que olvidar que la ruptura como esposos, no debe de incidir en lo absoluto sobre la relación que, como progenitores, seguirán manteniendo con sus hijos..."¹¹⁵ ya que los padres son los que seguirán siendo responsables de la formación integral de aquellos hasta que éstos alcancen la mayoría de edad o la emancipación, éstos derechos y obligaciones seguirán vigentes independientemente de quien los tenga bajo su guarda. Es evidente que cualquier familia que se encuentre inmersa en un ambiente de conflicto, está destinada a continuar su relación en otros parámetros diferentes sin romper ni alterar el vínculo que les relaciona, es por ello que por medio de la mediación familiar se ofrece la creación de un

¹¹³ RODRIGUEZ VILLA, Bertha Mary.: "II Congreso Nacional de Mediación. Hacia una mediación en sede judicial", Consejo de la Judicatura del D.F. Instituto de Investigaciones Jurídica de la U.N.A.M., México, 2002, Pág. 247.

¹¹⁴ http://www.unaf.org/Proyectos/servicio_mf.htm 10 de febrero de 2005, 11:15:20 p.m.

¹¹⁵ GARCÍA GARCÍA, Lucía: Op. Cit. Pág. 108.

contexto en donde las partes afectadas puedan encontrar condiciones de posibilidad y oportunidades para el cambio.¹¹⁶

Las parejas que llegan al mediador, arriban con un dolor individual de divorcio formado con sentimientos anteriores, construidos a lo largo de su vida marital y durante el noviazgo y el hecho de plantearse el divorcio los lleva a una posible solución de problemas graves, es ahí cuando el mediador ayuda a las partes a identificar sus sentimientos en relación al divorcio en sí, toda vez que la frustración más grande de la mayoría de las parejas es el hecho de haber fracasado en su relación de la que tenían grandes planes y expectativas, lo que genera a su vez humillación y ofensa para consigo mismos.

De la misma manera aunado al dolor individual, también se ve involucrado y se presenta el dolor familiar el que influye en la posición que presenten los involucrados ya que tanto los familiares como los hijos tratarán de identificar las culpas y de formar alianzas con quien no es culpable, es decir, que la pareja está preocupada por ellos mismos y por lo que piensan y digan tanto sus familiares como sus hijos, de tal manera que el mediador es quien debe de ayudarlos a aislar este tipo de conductas que se presentan por satisfacer a otros en vez de pensar en ellos mismos, es el mediador quien ayuda a las partes a que identifiquen que no hay culpables y que son ellos quienes deben de comenzar a negociar y cooperar entre sí a fin de construir una buena relación que los seguirá uniendo durante el resto de sus vidas sin tener que estar unidos por el vínculo del matrimonio si no como lo son y lo seguirán siendo padre y madre.

A la par del dolor individual y del dolor familiar, también aparece el dolor social, que se refiere a que si bien está contemplado y permitido jurídicamente el divorcio, la misma sociedad siempre tiende a buscar a un culpable y el dolor social nace como consecuencia del rechazo por parte de la misma sociedad para con la pareja divorciada y con los hijos, es el dolor más difícil de superar, puesto que los acompañará por el resto de sus vidas. Todo esto se da como

¹¹⁶ HINOJAL LÓPEZ, Silvia.: Apuntes “Mediación como proceso de gestión de conflictos familiares y de interculturalidad”, Escuela Complutense de verano, Universidad Complutense de Madrid, julio 2002.

consecuencia de la doble moral de la sociedad donde en algunos aspectos es muy cerrada, tajante y fuerte como lo es en este caso en donde se ataca y se ve de mala manera a las personas que optan por la separación.

Uno de los aspectos más importantes de la mediación en el caso de la separación o divorcio es el hecho de que por medio de ésta se ayuda a la pareja a optar por decisiones futuras para ellos mismos, ya que a final de cuentas el divorcio no va a terminar con la relación o con los vínculos familiares generados entre ellos, estos son para toda la vida en razón de que seguirán relacionándose y seguirán estando al tanto de sus hijos, es por esto que la mediación es sumamente importante ya que por medio de la misma se logra que las personas entiendan esto y se preocupen por fortalecer sus relaciones futuras generando de manera voluntaria, pacífica y cooperativa un acuerdo mutuamente aceptable por medio de la mediación.¹¹⁷

Debe de quedar muy en claro que la mediación familiar no es una receta de cocina ideal para dar solución a todos los conflictos de manera total o como afirma Ma. Guadalupe Márquez Algara que nos menciona que la mediación no es una medicina infalible con la que se pueda lograr reconstruir un hogar que en el que se ha perdido el amor y el respeto, sin embargo gracias a ella se pueden concluir los conflictos de una manera pacífica y civilizada sin causar los daños que comúnmente se generan para con los hijos y de la misma manera se propicia e inculca una cultura de la paz en donde parejas una vez que acuden a la mediación por medio del deuteroprendizaje aprenden a negociar entre ellas para todos aquellos conflictos que se puedan suscitar en una futuro, lo que construye y trae como consecuencia un instrumento de desarrollo social.¹¹⁸

28. MEDIACIÓN EN LAS SUCESIONES

¹¹⁷ BARRERA ORDIERES, Patricia: II Congreso Nacional de Mediación. Hacia una mediación en Sede Judicial”, Consejo de la Judicatura del D.F. Instituto de Investigaciones Jurídica de la U.N.A.M., México, 2002, Pág. 251-259.

¹¹⁸ MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe: Pág. 158.

La mediación puede ser utilizada también de los conflictos que se generan a consecuencia del fallecimiento de algún integrante de la familia donde existen grandes choques de intereses y alteraciones emocionales, lo que suele llevar a las partes a instar por litigios judiciales costosos en dinero, en tiempo y en dolor.

En cada familia cada conflicto así como las relaciones de los integrantes de las mismas son diferentes, por lo tanto es muy complejo poder describir o dar un ejemplo que pueda englobar diversas situaciones, pero en general lo que sucede es que los conflictos nacen por la inconformidad que presenta alguno de los familiares ya sea impugnando un testamento o lo más usual que se da cuando el de *cujus* muere intestado, lo que trae como consecuencia diversos conflictos por la pelea de específicos bienes que integran el acervo hereditario ya sea por el nivel apreciativo que pueda tener alguna persona o por el económico y no se diga cuando se apersonan a juicio familiares reconocidos por el de *cujus* pero que fueron concebidos fuera del matrimonio.

Por medio de la mediación familiar se puede ayudar a las familias para que éstas revaloricen su situación y eviten la ruptura de sus relaciones, así como para que puedan negociar entre sí la manera en la que pueden distribuirse los bienes componentes de la masa hereditaria, lo anterior se podría dar en el caso de que se realizarán modificaciones a nuestras leyes a efecto de que el juez pueda invitar a los herederos a participar de manera voluntaria al proceso de mediación en donde pueden echar mano de la misma dentro de la cuarta etapa del procedimiento sucesorio que es llamada de partición y adjudicación, ya que es una etapa en donde se presenta el proyecto de partición y en donde comúnmente suelen presentarse diversos incidentes como consecuencia del desacuerdo existente de los familiares para con la partición de los bienes.

29. MEDIACIÓN EN LA VIOLENCIA FAMILIAR

La violencia familiar es una realidad que se vive desgraciadamente tanto a nivel mundial como a nivel local y es motivo de preocupación general, toda vez que vulnera y afecta los derechos humanos, la libertad personal, la convivencia familiar y sobre todo la salud física y emocional. Es una realidad que ante el aumento de la violencia familiar, ha dejado de ser un problema privado para convertirse en público, es decir, de interés del estado gracias a las diversas convenciones internacionales y conferencias de derechos humanos que se han celebrado.

En nuestro país durante mucho tiempo quedaron impunes estos actos violentos, ya que no se encontraba tipificada esta conducta dentro de los respectivos ordenamientos penales, hoy en día ya se encuentra tipificada y aunque no es una solución absoluta es un buen comienzo que se pretende perfeccionar y legislar con mayor atención a efecto de continuar velando por los derechos de la familia.¹¹⁹

La mediación como medio alternativo de resolución de conflictos ha sido empleada en este ámbito con grandes resultados, ayudando a la familia a salir adelante por medio de acuerdos y soluciones pacíficas y civilizadas de este tipo de problemas que en nada benefician a la familia, de la misma manera a través del proceso de mediación se logra la regeneración de las relaciones familiares promoviendo la cultura de la paz para una sana convivencia, ya que como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo la gran importancia de la mediación en el rubro familiar es que ésta ayuda a unirla y a evitarle tormentosos litigios, aumento de roles y conflictos y la separación o desmoronamiento de la misma, toda vez que la familia seguirá siendo familia por siempre y no hay nada ni nadie que lo cambie independientemente del estado o de la relación jurídica que guarden los miembros que integran a la misma.

¹¹⁹ CORTÉS ORTEGA, Ligia Aurora: II Congreso Nacional de Mediación. Hacia una mediación en sede judicial”, Consejo de la Judicatura del D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 2002, Pág. 260-263.

30. ELEMENTOS IMPORTANTES PARA LA REDACCIÓN DEL ACUERDO

Dentro de la redacción del acuerdo existen ciertos aspectos trascendentales que no se pueden dejar de pasar por alto como lo son los siguientes.

En el caso de los alimentos para los hijos es importante que se tomen en cuenta los siguientes aspectos y que se presente información documental básica a efecto de discutir y comprobar determinados gastos, para lo cual es necesario:

- Detallar todos y cada uno de los gastos antes de fijar la cuantía;
- Se deben de controlar los gastos, es decir establecer únicamente los necesarios reduciendo y eliminando todos aquellos que no lo sean;
- Diferenciar entre necesidades y deseos;
- Deben de centrarse y fijar las partes de común acuerdo cuáles son las necesidades de los hijos;
- Es recomendable que cada parte realice un presupuesto previo con ingresos y gastos, de la misma manera realizar la entrega de documentos al mediador.
- Es también importante señalar los gastos variables como lo son los que tienen que ver con la alimentación como la comida, los gastos de casa, los gastos médicos y otros gastos como vacaciones, etc.
- De la misma manera se deben señalar los gastos fijos así como la documentación básica cuan la que se comprueben éstos y se puedan negociar, en estos gastos encuadran los referentes a la vivienda, servicios como el gas, agua, luz, etc., los seguros médicos, de vida, de automóvil, los gastos escolares que involucran colegiaturas, transporte, útiles, los transportes y otros como lo pueden ser clubes, etc.¹²⁰

¹²⁰ HINOJAL LÓPEZ, Silvia.: Apuntes “Mediación como proceso de gestión de conflictos familiares y de interculturalidad”, Escuela Complutense de Verano, Universidad Complutense de Madrid, julio 2002.

Para la redacción del acuerdo en lo que respecta a la guarda y custodia debe de tomarse en cuenta:

- Todos aquellos cambios o contingencias que puedan suscitarse en el futuro como el cambio de residencia de la persona que tenga la custodia, si esta persona contrae matrimonio o vive con otra persona, lo importante de analizar este último aspecto es con el fin de prever la adaptación que podría tener el menor y el desenvolvimiento del mismo.
- Lo relacionado en cuanto al régimen de visitas como el tiempo compartido, es decir, la organización y la división del tiempo entre los progenitores, de la misma manera el tiempo en caso de vacaciones o periodos extensos, así como la manera por la que se establecerá la comunicación, a manera de lograr un buen acuerdo y una buena organización es necesario y es muy recomendado realizar calendarios a efecto de respetar las fechas y tiempos acordados. La previsión de cambios es demasiado importante, ya que el tiempo compartido o de visitas no puede ser el mismo cuando el niño tiene cinco años a cuando tenga doce.¹²¹

31. INDUCCIÓN DE LA MEDIACIÓN EN NUESTRA ENTIDAD FEDERATIVA

La presente propuesta tiene como objetivo principal el realizar diversas reformas con el objeto de establecer la mediación como medio alternativo dentro de nuestro estado y la inducción de la mediación familiar con la creación de su respectiva ley que regule su aplicación, ya que como se ha explicado a lo largo del presente trabajo de investigación, la sociedad se encuentra en constante evolución y es necesario que nuestro marco normativo cambie a la par con el objeto de dar respuesta a las demandas que día con día exige la sociedad.

¹²¹ *Ibíd.*

Con la inducción de los medios alternos de resolución de conflictos dentro del código de procedimientos civiles entre ellos la mediación, así como con la creación del centro de mediación del estado, la ley de mediación y la de mediación familiar se pretende brindar una administración de justicia confiable, oportuna, eficiente, pronta y expedita a través de las técnicas de negociación, amigable composición y mediación, de la misma manera se busca incrementar el grado de confianza y credibilidad de la población para con los sistemas de administración de justicia, en este caso, con las dependencias del poder judicial.

Con las propuestas que mencionaré un poco mas adelante también se pretende modernizar la actuación de nuestro poder judicial estatal con la creación de un centro estatal de mediación dependiente del poder judicial que tiene por objeto buscar una mayor participación de la sociedad, logrando con ello que las partes en conflicto mantengan el control y el poder de solución en sus manos pero asistidos por terceros previamente cualificados y con su registro a efecto de brindar ayuda para que los particulares encuentren la mejor solución a sus problemas.

Las propuestas pretendidas en ninguna manera alteran ni contravienen a la Constitución Federal, toda vez que lo único que contempla relacionado con el tema que nos ocupa es lo referente a lo establecido por el artículo 17 en donde se menciona la prohibición a hacerse justicia por su propia mano y de que se recurra a la violencia para reclamar sus derechos, en el mismo orden de ideas nuestra Carta Magna no impide a los gobernados el empleo de medios pacíficos y negociados para la solución de sus conflictos, es por ello que se presenta la mediación como un instrumento por medio del cual se ayuda a hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia de manera pronta, expedita, breve y gratuita, dado lo anterior es por ello que no se presentarán dentro del presente trabajo reforma alguna a la Constitución Federal.

31.1 PROPUESTA PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN LOCAL

A efecto de legalizar y legitimar el empleo de la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos en nuestra entidad federativa, se pretende realizar diversas modificaciones a nuestra Constitución local

La primera de ellas que se pretende efectuar es en el artículo 7 segundo párrafo en donde se habla acerca del reconocimiento y protección de los derechos subjetivos públicos de los habitantes y a lo cual se propone la siguiente adhesión:

“Todo habitante tiene derecho a resolver de manera colaborativa sus conflictos, mediante el diálogo, la negociación y la amigable composición a través del empleo de medios alternos de resolución de conflictos, ya sea antes de iniciar un juicio, durante su tramitación o en la fase de ejecución, para lo cual el estado brindará y establecerá los centros especiales y los procedimientos extrajudiciales que provean una solución pacífica a determinados conflictos.”

De la misma manera, es imperativo agregar un párrafo al artículo 90 Constitucional, referente al ejercicio del poder judicial en el estado, en que se contemple que podrá contar con el apoyo del centro estatal de mediación, para lo cual se propone lo siguiente:

“El poder judicial contará con el apoyo del centro estatal de mediación dependiente del supremo tribunal de justicia a través de los mediadores adscritos a dicho centro, cuando este así lo requiera, según lo establecido por las respectivas leyes que regulen la materia.”

De la misma manera, en el artículo 91 Constitucional, referente a las atribuciones del supremo tribunal de justicia, se propone adicionar una fracción dentro del mismo, que contemple lo siguiente:

“Proporcionar los servicios de mediación en sede judicial a través del Centro de Mediación, el cual contará con mediadores profesionalmente calificados;

dichos servicios se brindarán según las correspondientes leyes que regulen la materia.”

31.2 PROPUESTA PARA LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Las presentes reformas que se pretenden realizar a la ley orgánica del poder judicial, tienen como finalidad incluir dentro sus atribuciones la obligación de proporcionar a los particulares la mediación como medio alternativo de solución de conflictos, para lo cual se propone una adhesión al artículo 4 de la misma legislación, la que quedaría de la siguiente manera:

“El poder judicial contará con el apoyo del centro estatal de mediación dependiente del supremo tribunal de justicia a través de los mediadores adscritos a dicho centro, cuando este así lo requiera, según lo establecido por las respectivas leyes que regulen la materia.”

También es necesario añadir un párrafo dentro de la misma ley en su artículo 7 que trata lo relacionado con el Supremo Tribunal de Justicia y para el cual se propone la siguiente adición, con la finalidad de que se encuentre contemplado el empleo de los medios alternos de solución de controversias, así como lo referente al centro de mediación:

“El Supremo Tribunal de Justicia del Estado tendrá como obligación la de proporcionar a los habitantes los medios alternos de solución de controversias jurídicas. Las correspondientes leyes relacionadas con la materia establecerán las facultades e integración del Centro de Mediación para el Estado que será el encargado de brindar estos servicios, así como los procedimientos y eficacia de sus acuerdos y resoluciones.”

31.3 PROPUESTA PARA LA REFORMA DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ

Las reformas que se pretenden realizar a nuestro Código de Procedimientos Civiles vigente tienen como finalidad la inducción y, como consecuencia, la regulación de los medios alternos de solución de conflictos, entre ellos la mediación.

A efecto de reconocer, divulgar y regular los medios alternos de solución de conflictos, es necesaria la incorporación de los mismos a manera instrumental dentro de un título especial que se denomine "*Medios alternativos de solución de conflictos*", en donde se expongan los mismos como se propone a continuación:

"Los medios alternativos de solución de conflictos son mecanismos informales que coadyuvan con la justicia ordinaria, a través de los cuales es posible la solución de un conflicto de intereses de manera extraprocésal."

"Son considerados como medios alternativos de solución de conflictos la mediación, la conciliación, la negociación y el arbitraje, mismos que serán reglamentados por las respectivas leyes que regulen su materia."

"La mediación es la intervención de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de poder de decisión y que facilita la comunicación entre las partes a fin de que éstas logren por sí mismas de manera conjunta y pacífica un acuerdo mutuamente aceptable evitando con ello el proceso judicial."

"La conciliación es el procedimiento mediante el cual las partes en conflicto se apoyan de un tercero que sin emitir juicio o resolución respecto al fondo del asunto, elabora propuestas y alternativas que ayudan a la obtención de un acuerdo con respecto al problema planteado."

"El arbitraje es un procedimiento voluntario y adversarial, que se constituye por voluntad de las partes con el fin de sujetar sus diferencias a la decisión de un tercero."

“La negociación es un proceso de comunicación para celebrar acuerdos o solucionar conflictos, en el cual dos o más personas discuten sus diferencias con el objeto de obtener una solución conjunta.”

Otra de las reformas necesarias a nuestro Código de Procedimientos Civiles es la referente al artículo 789 referente a la suspensión de los procedimientos como consecuencia del sometimiento de un litigio al proceso de mediación, para lo cual se propone lo siguiente:

“De la misma manera será posible la suspensión del procedimiento cuando por recomendación del juzgador o por convicción propia de las partes, éstas den aviso, junto con el centro de mediación, al juzgado competente de que el litigio se ha sometido voluntariamente a mediación; dicha suspensión no se contará para efectos de la caducidad, aunque no se haya podido llegar a un acuerdo”.

31.4 PROPUESTA PARA LA CREACIÓN DE LA LEY DE MEDIACIÓN PARA EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ

Con el objeto de reglamentar de manera adecuada la mediación como medio alternativo de solución de conflictos, se propone la creación de una ley de orden público e interés social que tenga observancia en todo el estado y tenga por objeto normar la institución de la mediación como procedimiento para regular conflictos interpersonales en diversas materias como civil, mercantil, penal y familiar. Es necesario destacar que la mediación en el ámbito penal se ha dejado a un lado dentro de éste trabajo de investigación, toda vez que la pretensión del mismo es de materia familiar.

Para la realización de la presente propuesta, se tomarán en cuenta la ley de mediación del estado de Chihuahua y la del estado de Oaxaca.

Disposiciones generales: En este apartado se deberá de mencionar que la finalidad de la mediación es la consecución de un acuerdo mutuamente

satisfactorio para las partes que hayan acudido a dicho proceso, de la misma manera deberán de establecerse las materias a las que será aplicable la mediación como lo es en materia mercantil, penal, civil y familiar, lógicamente sólo en aquellos asuntos que sean objeto de transacción o convenio y que no alteren el orden público ni contravengan ninguna disposición legal, ni afecten a derechos de terceros.

Es necesario que se desarrollen dentro de este primer punto los conceptos más importantes como lo son el concepto de mediación, de mediador y de mediados, con el objeto de explicar a manera clara y breve cada uno y no dejar lugar a duda alguna.

Debe de mencionarse que la mediación tendrá lugar:

- En los casos en que sea voluntad de las partes someterse al proceso.
- En caso de que se haya pactado alguna cláusula de mediación dentro de algún contrato.
- Cuando durante la susbtanciación de un procedimiento jurisdiccional las partes acuerdan someterse a dicho proceso.

Principios y Características: Abarcará lo relacionado a los principios y a las características de la mediación, en donde se describirán todas y cada una de ellas como lo es la voluntariedad, la flexibilidad, la imparcialidad, confidencialidad y la aceptabilidad.

El mediador: En donde se deberá de mencionar que todas las personas que deseen dedicarse a la mediación, sean públicos o privados, deberán de registrarse en el centro de mediación del estado y cumplir con los siguientes requisitos:

- Deberán de contar con titulación universitaria en las disciplinas de Derecho, Psicología y Trabajo Social.

- Deberán de contar con estudios de Postgrado en sus diversos niveles como lo son experto, especialista o contar con una maestría en dicha rama.
- Aprobar el examen teórico práctico aplicado por el centro de mediación para su posterior registro.

Continuando dentro del mismo apartado, es necesario que se establezcan las facultades y obligaciones de los mediadores, que más que nada consisten en vigilar el adecuado desarrollo del proceso, tomando en cuenta y respetando los principios, características y etapas del proceso de mediación, así como el acuerdo entre los mediados, siempre y cuando este sea conforme a la presente disposiciones.

De los mediados: Son aquellas personas que por voluntad propia decidieron someterse al proceso de mediación, mismas que deberán de presentarse personalmente a todas las reuniones que haya lugar durante el proceso y en caso de tratarse de personas morales, deberán de acudir los representantes legales de dichas personas con el poder que acredite tal representación, de la misma manera será obligación de los mediados el respetar los principios y características del proceso, así como mantener su compromiso de colaboración y apoyo permanente.

El centro de mediación: El centro de mediación es una entidad con personalidad jurídica propia dependiente del Supremo Tribunal de Justicia, mismo que contará con su propio reglamento interno que regule sus atribuciones, funciones, actividades, responsabilidades y su propia organización y será el encargado de designar a la persona mediadora que habrá de ocuparse de determinado asunto, también será el encargado del registro estatal de mediadores, así como el que aplique los exámenes teóricos y prácticos correspondientes para los mediadores que deseen ejercer su profesión. De la misma manera deberá de contemplarse la posibilidad de centros de mediación privados, así como los mediadores privados individuales, que deberán de contar con acreditación previa por parte del centro de mediación público en sede judicial. Aunado a esto,

corresponderá al centro de mediación la vigilancia de los servicios de mediación que preste el estado y los particulares previa, acreditación y permiso otorgados por el mismo, según lo establecido en su reglamento interno.

Desarrollo del proceso de mediación: Es aquí donde deberán de mencionarse las diversas etapas que integran el proceso de mediación, como son la *reunión inicial*, en donde la persona mediadora reúne a las partes con la finalidad de explicarles el procedimiento a seguir; es necesaria la elaboración de un *acta inicial* en donde aparte de identificar el objeto de la mediación se van a tomar en cuenta diversas características, como son la voluntad de las partes y el compromiso de respetar los principios y características del proceso dentro del mismo, el cual deberá ser signado por las partes y por el mediador, mismo que deberá de elaborarse por triplicado para cada una de las partes.

En lo que respecta a la duración del proceso de mediación, esta no deberá de exceder de tres meses y contará hasta con tres meses más de prórroga en los casos en los que las partes y el mediador justifiquen y crean que se puede llegar a un acuerdo.

La mediación deberá de concluir por los siguientes aspectos:

- Por acuerdo aceptado y signado por las partes, sea total o parcial.
- Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo.
- Por decisión del mediador ante la falta de cooperación de las partes o ante la ausencia de respeto durante el proceso.
- Por inasistencia de las partes durante dos reuniones sin causa justificada.

En la sesión final se deberá de levantar un acta en donde se consigue el acuerdo total o parcial a que hayan llegado las partes o, en su defecto, la

imposibilidad de la obtención de acuerdo alguno, misma que deberá ser firmada por las partes intervinientes y por el mediador.

Los acuerdos: En el caso de que éstos sean celebrados ante mediador privado, sin previo juicio, o mejor dicho, aún cuando no haya existido proceso judicial al respecto, deberán de ser ratificados ante el centro de mediación en sede judicial y en el caso contrario en el que haya suspensión del proceso como consecuencia del sometimiento del litigio al proceso de mediación, deberá de ser presentado ante el tribunal competente que conoce del negocio para su homologación judicial.

Por otra parte, en el caso de los acuerdos obtenidos en el centro de mediación en sede judicial que no hayan sido sometidos a juicio por las partes, deberán de ser ratificados por las partes ante el mediador oficial encargado de dicho proceso y en el caso en que haya existido proceso judicial alguno, el acuerdo deberá de ratificarse ante el juez competente cuyo negocio es de su competencia y que se encontraba suspendido como consecuencia de la voluntad de las partes de someter éste al proceso de mediación ante el centro de mediación; cabe destacar que la ratificación de dicho acuerdo ante presencia judicial, deberá de presentarse ante ésta en un plazo que no exceda de treinta días hábiles después de la firma del acuerdo a efecto de realizar la homologación judicial, de lo contrario no será aprobado el mismo y contra la resolución que emita el juez respecto de la homologación no procederá recurso alguno.

31.5 PROPUESTA PARA LA CREACIÓN DE LA LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR PARA EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ

Una vez que se ha determinado y explicado la importancia del empleo de la mediación para solucionar conflictos de manera pacífica, en especial en el ámbito familiar, se considera necesaria la creación de una ley de mediación familiar que regule la aplicación de la misma. Cabe destacar que para la siguiente propuesta se han tomado como modelo a seguir lo contemplado

por las leyes de mediación familiar españolas, como lo son la de Cataluña, la de la comunidad Valenciana y la de Galicia, mismas que legislaron como consecuencia de las buenas experiencias que les ofreció el derecho comparado y que a su vez fueron producto de la invitación a contemplar la mediación familiar dentro de sus cuerpos normativos, tal y como se realizó por medio de la recomendación R(98)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los estados miembros, mismo que fue comentado con antelación.

Se han tomado como modelo estas legislaciones en virtud de la similitud entre nuestras culturas que aunque no son del todo iguales, es lo más semejante por los nexos y vínculos culturales que unen a nuestra sociedad y que podemos encontrar con legislación vigente en este ámbito, misma que ha mostrado con el paso del tiempo la obtención de grandes resultados como consecuencia de la entrada en vigor de dichas leyes que benefician a la rama de la política social, misma que en nuestro país y en nuestro estado siempre suele quedar a un lado, ya que se comete el gravísimo error de otorgarle muy poca importancia, sin tomar en cuenta que es una de las ramas más importantes a las que se les debe de invertir y prestar atención, para ayudar y educar a la población, que tiene como consecuencia el incremento en demasiados aspectos como lo es en la conciencia y cultura cívica de la población que a la larga incrementa el nivel de vida y genera desarrollo social que a todos beneficia y que nos hace demasiada falta.

Para el comienzo de la propuesta de ley es necesaria la realización de un preámbulo en el que se indique el significado de la mediación, la mención de la creciente problemática en el ámbito familiar que trae consigo incrementos de los conflictos familiares y el concepto de la mediación familiar, así como un poco de historia de la misma que se podrá presentar de forma breve y clara a manera de introducción, en donde a su vez se explique que la mediación familiar es un instrumento de búsqueda de soluciones y acuerdos en conflictos familiares y que tiene como finalidad la recomposición y preservación de su unidad o en su defecto la minimización de los efectos negativos que se podrían dar como consecuencia de una

ruptura y mostrando a la misma como un recurso del que pueden echar mano las familias para fomentar el mutuo respeto, la autonomía y la libre capacidad de las personas para decidir con respecto a su futuro, así como la invitación y divulgación de la cultura de la paz para con la sociedad.

Principios: En el mismo orden de ideas, se debe de regular primeramente lo referente a la voluntariedad de la mediación, dicho principio basado en que los particulares son libres de acudir y solicitar el servicio de mediación, de la misma manera cuentan con la amplia libertad para el desistimiento de la misma cuando así lo estimen pertinente. Como es bien sabido, debe de mencionarse el principio de gratuidad consagrado en nuestra constitución y que es característico de la administración de justicia.

Características de la Mediación: En donde se explique cada una de ellas, como lo son la voluntariedad, la imparcialidad y la confidencialidad

Del Centro de Mediación: Se debe de realizar una breve mención y reconocimiento de la actuación del centro de mediación como una entidad con personalidad jurídica propia dependiente del poder judicial, la cual contará con su reglamento interno y será la encargada de designar a la persona mediadora que habrá de ocuparse de determinado asunto, igualmente debe de mencionarse las funciones que realizará, como lo pueden ser:

- El fomento y la divulgación de la mediación;
- El constante estudio y actualización de las diversas técnicas de mediación;
- Deberá de encargarse del registro de las personas mediadoras;
- Elaboración de informes y propuestas al Director encargado del centro, con la finalidad de conocer lo bueno y lo malo que se este dando para tratar de mejorar día con día;
- La designación de los asuntos a los diversos mediadores;

- La realización del proceso de mediación para la obtención de acuerdos, ya sean totales o parciales.

Deberán de mencionarse los casos de los que podrá conocer el centro de mediación, como lo pueden ser en caso de crisis surgidas en la convivencia entre personas unidas por el matrimonio, separación o divorcio, la disolución, liquidación y partición de la sociedad conyugal en el caso que sea el régimen bajo el cual contrajeron matrimonio, la tenencia, custodia, el domicilio, el régimen de visitas de los hijos en caso de que se hayan procreado estos durante el matrimonio, los alimentos o mejor dicho la pensión alimenticia entre cónyuges o derivados del parentesco o patria potestad, aquellos conflictos que tienen lugar entre herederos intestamentarios en lo que respecta al proyecto de partición y los demás en que se vea afectada la unidad familiar y que pueda tener consecuencias jurídicas.

De los mediadores: deberán de contar con titulación universitaria en las disciplinas de Derecho, Psicología y Trabajo Social, de la misma manera deberán de contar con estudios de Postgrado en mediación familiar en sus diversos niveles, como lo son experto, especialista o contar con una maestría en dicha rama, tal y como lo establece la ley de mediación.

Con la finalidad de contemplar la actuación y los deberes de los mediadores familiares se establecerían los siguientes:

- Facilitar la comunicación entre las partes y promover la comprensión entre ellas;
- Concienciar a las partes para que las mismas den primordial importancia a los hijos menores o discapacitados;
- Respetar los principios de confidencialidad, neutralidad e imparcialidad;
- Dar por terminado el proceso de mediación en ante cualquier causa que torne incompatible la continuación del proceso, como lo puede ser en el caso en el que falte participación de las partes, el no

respeto de lo establecido y si el proceso se vuelve inútil para obtener una solución.

- Respetar las incompatibilidades, en los casos en que hayan conocido y patrocinado anteriormente del mismo asunto que les fue asignado a mediación, de la misma manera no podrá actuar posteriormente en caso de litigio entre las partes y en los casos en que no se respeten los principios del mismo por tratarse de amigos o familiares.

Del procedimiento de mediación: En donde se establezca las maneras por las cuales la mediación podrá iniciar como lo puede ser en los siguientes casos, a solicitud de ambas partes de común acuerdo y a solicitud de una de las partes siempre y cuando la otra haya manifestado su aceptación.

Deberán de mencionarse las diversas etapas del proceso de mediación como lo son la *reunión inicial*, en donde la persona mediadora reúne a las partes con la finalidad de explicarles el procedimiento a seguir. También es necesario que se establezca lo referente al *acta inicial*, en donde se identifica el objeto de la mediación, la voluntad de las partes y el compromiso a respetar los principios y características del proceso dentro del mismo, el cual deberá ser signado por las partes y por el mediador mismo que deberá de elaborarse por triplicado para cada una de las partes.

En lo que respecta a la duración de la mediación es importante fijar un término que se considera que pudiera ser de 3 meses como máximo, con la finalidad de que todos los procesos sometidos a mediación sean ágiles. Queda claro que unos asuntos son mucho más complejos que otros; por lo tanto, se podrá contemplar que a petición de las partes y con consentimiento del mediador que conozca del asunto, esta pueda prorrogarse hasta por el mismo tiempo, es decir otros tres meses.

Con relación al acta final, esta deberá de realizarse al concluir con el procedimiento de mediación, la que deberá de ser confidencial y contener todos los acuerdos totales o parciales a los que se haya llegado; en el caso

de haber sido imposible la obtención de un acuerdo, se establecerá dentro de la misma acta; la cual deberá de ser firmada por cada una de las partes quienes contarán con un juego cada una, y será presentada ante juez competente para su posterior ratificación por cada una de las partes y para el previo análisis que el juzgador realizará al efecto, todo esto en un plazo que no exceda de treinta días hábiles después de la firma del acuerdo, a efecto de realizar la homologación judicial.

Por último, sería necesario establecer lo referente al *régimen sancionador* en donde se contemplen los hechos constitutivos de infracción, así como los tipos de infracción y las sanciones a las que se harán acreedores en el caso del incumplimiento a lo contemplado por la propuesta respectiva.

CONCLUSIONES

Es notable que la ciencia del derecho debe de evolucionar a la par de diversos aspectos que conforman nuestra realidad social, cultural, política y tecnológica, todo esto con la finalidad de que sea útil y de que responda a las necesidades cambiantes que demanda la sociedad.

El empleo de la mediación y de otros medios alternos de resolución de conflictos es un necesidad evidente en nuestra sociedad, ya que la mayoría no ha tenido la oportunidad de conocer de lo que se tratan los medios alternos y de las ventajas que los mismos podrían ofrecerles una vez que se opte por el empleo de éstos; de la misma manera es necesaria la implantación de la mediación en sede judicial, lo que va avanzando poco a poco, toda vez que se enfrenta a diversos problemas, como lo son el hecho de que gran parte de las personas que componen el sistema judicial desconocen, al igual que la sociedad, el empleo y las características de estos medios; la falta de personal cualificado a efecto de que funjan como mediadores guiando este proceso informal y la falta de presupuesto para incursionar y para poner en marcha algunos centros en donde se empleen estos medios de justicia participativa.

Una vez que dentro del cuerpo del presente trabajo de investigación se ha expuesto todo lo referente a la mediación y las generalidades que envuelven a la misma, se ha llegado a las siguientes conclusiones.

Primera.- Es indiscutible que cada uno de nosotros tenemos distintas formas de pensar, así como diferentes concepciones acerca de distintas conductas y temas, como consecuencia, de experiencias propias o personales y todas aquellas de las cuales nos hacemos acreedores, gracias a la experiencia que nos brinda la vida diaria a la que nos enfrentamos y en la que tenemos choques con diversos integrantes de una sociedad compleja y en constante transformación, mismos que son de diferentes clases y con diferentes trascendencias o grados de implicación. Por lo anterior, es necesario comprender que lo denominado como conflicto es algo natural e inherente a nuestras personas y que no es totalmente negativo, ya que se

aprende de los mismos para no cometer algunos errores y gracias a ellos se han logrado grandísimos avances en todas las ramas del saber. Derivado de ello es necesario el aprendizaje y el conocimiento de los medios alternos por medio de los cuales se da la solución a las partes, mejor conocida como justicia participativa, por medio de la que se puede obtener acuerdos mutuamente consentidos que permitan a las partes la solución pacífica de sus problemas, así como la continuidad de sus relaciones a través de la aplicación de la mediación.

Segunda.- Es necesario el empleo de la mediación para gestionar los diversos conflictos de diversa índole, como lo pueden ser civiles, mercantiles y sobre todo los de tipo familiar, por las diversas características y bondades que presenta dicho proceso para con los integrantes de la familia, la que aparte de permitirles solucionar sus conflictos a través del empleo de diversa tácticas y técnicas de negociación y de la amigable composición, les permite crear conciencia y fortalecer aquellas relaciones que se encuentran deterioradas como consecuencia de la crisis por la que atraviesan las familias al verse inmersas en diversos conflictos de los cuales depende la continuidad de la misma. Otra de las ventajas de la aplicación de la mediación en conflictos familiares es el evidente rescate de valores humanos y sociales que coadyuvan para lograr un reagrupamiento y una continuidad para sus relaciones personales futuras, así como las experiencias para poder resolver de manera pacífica y civilizada todos aquellos conflictos que se les puedan presentar mejor conocido como deuteroprendizaje, lo cual les hace crecer como personas y fomenta la cultura de la paz, objeto primordial de los medios alternos de resolución de conflictos.

Tercera.- Es necesaria la modernización en lo referente a la manera de administración de justicia, con la finalidad de poder dar respuesta a las grandes demandas que la sociedad establece día con día con el objeto de poder brindar una administración de justicia confiable, oportuna, eficiente, pronta y expedita a través de las técnicas de negociación, amigable composición y mediación, incrementando a la vez el grado de confianza y

credibilidad de la población para con los sistemas de administración de justicia, en este caso con las dependencias del poder judicial. Para lograr lo anterior es necesaria la creación del centro de mediación en sede judicial dependiente del Supremo Tribunal de Justicia, el que permita a la sociedad el empleo de dicho medio para dar solución a sus conflictos; tal centro deberá de respetar la gratuidad de la prestación del servicio, garantizando con ello la accesibilidad para la administración de justicia a todos los ciudadanos.

Cuarta.- Con el objeto de lograr lo planteado dentro de los puntos anteriores, es imperativo y necesario realizar las modificaciones y adiciones que obran mencionadas dentro del cuerpo que conforma el último capítulo, las que consisten en la reforma de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí, la ley Orgánica del Poder Judicial, el Código de Procedimientos Civiles vigente. A manera de complemento, también es necesaria la creación de la ley de mediación del estado que tiene por objeto el contemplar todo lo relacionado con este medio alternativo y la ley de mediación familiar, que tienen como finalidad la inducción de la mediación como medio alternativo de gestión de conflictos en el ámbito familiar, así como el establecimiento de la misma en sede judicial.

BIBLIOGRAFÍA

I. OBRAS CONSULTADAS

AIELLO DE ALMEIDA, María Alba: "Mediación. Formación y algunos aspectos claves", Ed. Porrúa, 1ª ed., México, 2001.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel: "Obligaciones Civiles", Ed. Oxford, 5a. ed., México, 2001.

BRAVO PERALTA, Martín: "El Arbitraje Económico en México", Ed. Porrúa, s/ed., México, 2002.

DUPUIS, Juan Carlos G.: "Mediación y Conciliación", Ed. Abeledo – Perrot, s/ed., Argentina, 1997.

GALINDO, Carmen, Galindo Magdalena, et al.: "Manual de redacción e investigación", Ed. Grijalbo, s/ed., México, 1997.

GARCÍA García, Lucía: "Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares", Ed. Dykinson, s/ed., Madrid, 2003.

GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán: "La Conciliación Extrajudicial y la Amigable Composición", Ed. Temis, s/ed., Colombia, 2003.

GONZAINI, Osvaldo Alfredo: "Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos", Ed. Depalma Buenos Aires, 2ª. ed., Argentina, 1995.

GONZÁLES PEÑA, Oscar: "Conciliación Extrajudicial", Ed., s/ed., APPEC, Perú, 2001.

HOROWITZ, Sara, et al.: "Mediación. Una respuesta interdisciplinaria", Ed. Eudesa, 1ª ed., Argentina, 1997.

LERNER, Martín, et al.: "Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso", Ed. del Puerto, s/ed., Argentina, 1997.

LÓPEZ FAURA, Norma V, et al.: "Mediación. Una respuesta interdisciplinaria", Ed. Eudesa, 1ª ed., Argentina, 1997.

MÁRQUEZ ALGARA, Ma. Guadalupe: "Mediación y administración de Justicia. Hacia una Justicia Participativa", Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes, ed. 1ª., México, 2004.

MILIA, Fernando A.: "El Conflicto Extrajudicial", Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, s/ed., Buenos Aires, 1997.

MOORE, Christopher: "El Proceso de Mediación", Ed. Granica, s/ed., Buenos Aires, 1995.

PACHECO PULIDO, Guillermo: "Mediación. Cultura de la Paz", Ed. Porrúa, México, 2004.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela, et al.: "Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso", Ed. del Puerto, s/ed., Argentina, 1997.

SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo: "Derecho Civil", Ed. Porrúa, 2ª ed., México, 2002.

SIX, Jean Francois: "Dinámica de la mediación", Ed. Piados, 1ª ed, España, 1997.

SUÁRES, Marínés: "Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas", Ed. Piados, 3ª reimpresión, Argentina, 2002.

URQUIDI, J. Enrique.: "Mediación. Solución a conflictos sin litigio", Ed. Centro de Resolución de Conflictos, 1ª ed., México, 1999.

II. PÁGINAS DE INTERNET

www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/a-11.html. , 07 de febrero de 2005, 09:09:20 p.m.

www.centrointegralpsicologico.cl/mediacion.htm, 08 de febrero de 2005, 02:09:15 p.m.

http://www.unaf.org/Proyectos/servicio_mf.htm., 10 de febrero de 2005, 11:15:20 p.m.

http://www.unaf.org/Proyectos/servicio_mf.htm 10 de febrero de 2005, 11:15:20 p.m.

III. LEGISLACIONES

CARTA DE LOS DERECHOS DE LA FAMILIA, Presentada por la Santa sede del Vaticano, 22 de octubre de 1983.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.: Adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

Ley 7/2001 de mediación familiar de la comunidad de Valencia, de 26 de noviembre del 2001.

Ley 1/2001 de mediación familiar de Cataluña, de 15 de marzo de 2001.

Ley 4/2001 de mediación familiar de Galicia, de 31 de mayo de 2001.

IV. OTRAS FUENTES CONSULTADAS

BARRERA ORDIERES, Patricia: II Congreso Nacional de Mediación. Hacia una mediación en sede judicial”, Consejo de la Judicatura del D.F. Instituto de Investigaciones Jurídica de la U.N.A.M., México, 2002.

BUTTS GRIGGS, J.D. Thelma: Apuntes “Taller Práctico de Mediación Familiar”, Escuela Complutense de verano, Universidad Complutense de Madrid, julio 2002.

GARCÍA VILLALUENGA, Leticia.: Apuntes “Mediación como proceso de gestión de conflictos familiares y de interculturalidad”, Escuela Complutense de verano, Universidad Complutense de Madrid, julio 2002.

HINOJAL LÓPEZ, Silvia.: Apuntes “Mediación como proceso de gestión de conflictos familiares y de interculturalidad”, Escuela Complutense de verano, Universidad Complutense de Madrid, julio 2002.

RODRIGUEZ VILLA, Bertha Mary.: “II Congreso Nacional de Mediación. Hacia una mediación en sede judicial”, Consejo de la Judicatura del D.F. Instituto de Investigaciones Jurídica de la U.N.A.M., México, 2002.